

Der Informationsanspruch zum Nachweis des Kartellschadens aus der Perspektive des Rechtsanwalts

Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades Dr. iur.

Eingereicht am 28. Juli 2014
an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin

Von Dipl.-Jur. Mark Orthmann

Präsident der Humboldt-Universität zu Berlin
Prof. Dr. Jan-Hendrik Olbertz

Dekan der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin
Prof. Dr. Christian Waldhoff

Gutachter

1. Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski
2. Prof. Dr. Harald Koch

Verteidigt am 28. Oktober 2014

Zusammenfassung

Die Arbeit soll zeigen, dass es zu einer breiteren Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen kartellrechtswidrigem Verhalten eines eigenständigen Informationsanspruchs des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege gegenüber der EU-Kommission und den deutschen Kartellbehörden bedarf, und zwar sowohl aus tatsächlicher Notwendigkeit, als auch auf Grund europarechtlicher und grundgesetzlicher Vorgaben. Anhand des europarechtlichen Effektivitätsgrundsatzes aus Art. 4 Abs. 3 EUV und des Rechts auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 47 der EU-Grundrechtecharta bzw. des Justizgewährungsanspruchs als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips, Art. 20 Abs. 3 GG, wird erörtert, wie ein solcher Anspruch mindestens beschaffen sein muss. Die Untersuchung bestehender, sekundärrechtlicher und einfachgesetzlicher Dokumentenzugangs-, Auskunft- und Akteneinsichtsansprüche ergibt, dass bereits nach geltender Rechtslage dem Rechtsanwalt ein Informationsanspruch gegenüber der Europäischen Kommission und den deutschen Kartellbehörden zusteht. Die Interpretation der betreffenden Tatbestände nimmt hierbei die europarechtlichen und grundgesetzlichen Vorgaben auf und bewegt sich im Rahmen zulässiger Auslegung. Daneben wird ein Vorschlag unterbreitet, wie der Informationsanspruch über die Mindestvorgaben hinaus ausgestaltet werden könnte.

Schlagwörter

Kartellrecht

Schadensersatz

Auskunft

Akteneinsicht

Dokumentenzugang

Effektivitätsgrundsatz

Effektiver Rechtsschutz

Justizgewährungsanspruch

Rechtsanwalt

Abstract

The work reveals that a for a better private enforcement of competition law in the form of damages claims an independent right of information vis-à-vis the EU-Commission and the German Cartel Authorities for an attorney without a client and a mandate is needed. This need not only derives from the factual necessity but also from European primary law and the German Grundgesetz. In light of the European principle of effectiveness, Article 4 para. 3 TEU, and the right to effective judicial protection, Article 47 EU Charter of Fundamental Rights and Article 20 para. 3 German Grundgesetz respectively, the author develops the right and its boundaries. The examination of information rights and rights to access documents in EU secondary law and German law then shows that an independent right of information and access to documents for an attorney without a client and a mandate already exists if the law is interpreted in accordance with the EU primary law and the German Grundgesetz. The author further develops a recommendation as to how such an information right could be extended beyond its core that is determined by EU primary law and the German Grundgesetz.

Keywords

Competition law

Anti-trust law

Damages claims

Access to information

Access to documents

Principle of effectiveness

Effective judicial protection

Attorney

Lawyer

Inhaltsverzeichnis

§ 1 GRUNDLEGUNG	9
I. THESEN	9
II. GANG DER UNTERSUCHUNG UND BEGRIFFLICHKEITEN	13
§ 2 RECHTSTATSACHEN	14
I. DER (MISS-)STAND DER PRIVATEN KARTELLRECHTSDURCHSETZUNG.....	14
1. <i>Private Kartellrechtsdurchsetzung in Zahlen</i>	14
a) Zahlen zur behördlichen Verfolgung und daraus zu ziehende Schlüsse	15
b) Volkswirtschaftliche und Individualschäden	19
c) Rechtliche Möglichkeit der Schadenskompensation.....	22
d) Tatsächliches Defizit der Schadenskompensation.....	23
2. <i>Mögliche Gründe für die geringe Anzahl kartellrechtlicher Schadensersatzklagen</i>	27
3. <i>(Lösbares) Hauptproblem: Informationsasymmetrie</i>	31
II. AKTENEINSICHT ALS MITTEL ZUR BESCHAFFUNG NOTWENDIGER INFORMATIONEN	37
III. NOTWENDIGE INFORMATIONEN ZUR SUBSTANTIIERUNG DES SCHADENSERSATZANSPRUCHS	42
1. <i>Der Schadensersatzanspruch nach § 33 Abs. 3 S. 1 GWB</i>	43
2. <i>Notwendige Informationen</i>	44
a) Verstoß	44
(i) Bindungswirkung gemäß § 33 Abs. 4.....	46
(ii) Keine Bindungswirkung gemäß § 33 Abs. 4 GWB	49
(a) Verstoß gegen das Kartellverbot.....	50
(b) Missbrauch marktbeherrschender Stellung	50
(c) Vorhandene Informationen bei den Kartellbehörden.....	51
b) Anspruchsberechtigung.....	53
c) Kausaler Schaden.....	55
d) Rechtswidrigkeit (indiziert)	61
e) Verschulden.....	61
f) Zwischenergebnis	62
IV. ZWISCHENERGEBNIS	63
§ 3 DER INFORMATIONSANSPRUCH DER VOM KARTELLSCHADEN BETROFFENEN....	65
I. ÜBERSICHT ÜBER BESTEHENDE INFORMATIONSANSPRÜCHE DER VOM KARTELLSCHADEN BETROFFENEN	65
1. <i>Ansprüche gegen die EU-Kommission</i>	65
a) Art. 27 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1/2003 (Kartellverfahrensverordnung) i.V.m. Art. 15 VO (EG) Nr. 773/2004 (Durchführungsverordnung)	65
b) Art. 2 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1049/2001 (Transparenzverordnung)	65
(i) Anspruch auf Dokumentenzugang	65

(ii) Einschränkungen.....	67
(a) Art. 4 Abs. 1 lit. a 3. Spiegelstrich (Schutz der Wirtschaftspolitik der Union).....	68
(b) Art. 4 Abs. 2 1. Spiegelstrich (Schutz geschäftlicher Interessen).....	70
(c) Art. 4 Abs. 2 3. Spiegelstrich (Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten).....	71
(d) Exkurs: Die Vermutung zu Gunsten der behördlichen Verfolgungstätigkeit.....	72
c) Art. 15 Abs. 3 AEUV.....	74
2. Ansprüche gegen das Bundeskartellamt.....	75
a) Kein Akteneinsichtsrecht des Kartellgeschädigten kraft GWB, OWiG oder VwVfG.....	75
b) § 406e StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 2. Hs. OWiG.....	76
(i) Anspruch auf Akteneinsicht.....	76
(ii) Einschränkungen.....	77
c) § 475 StPO i.V.m. § 49b OWiG.....	79
d) § 1 Abs. 1 S. 1 IFG.....	80
3. Ansprüche gegen die Landeskartellämter.....	84
a) Verwaltungsverfahrensrecht.....	84
b) Ordnungswidrigkeitenrecht.....	85
c) Informationsfreiheitsgesetze der Länder.....	85
4. Ansprüche gegen das Bundeswirtschaftsministerium.....	85
5. Zwischenergebnis.....	86
II. EUROPARECHTLICHE ERFORDERLICHKEIT DES BESTEHENS VON INFORMATIONANSPRÜCHEN DER VOM KARTELLSCHADEN BETROFFENEN UND VORGABEN FÜR IHRE AUSGESTALTUNG	87
1. Meinungsstand in der Literatur	88
2. Folgerungen aus der Rechtsprechung des EuGH und des EuG.....	89
a) Der EuGH zur Frage des Ursprungs von Informationsansprüchen.....	90
b) Vorgaben des EuGH und des EuG für die Ausgestaltung des Tatbestandes.....	92
(i) Das Bestehen von Informationsansprüchen auf mitgliedstaatlicher Ebene	93
(ii) Das Bestehen von Informationsansprüchen auf EU-Ebene	94
(iii) Die Ausgestaltung des Tatbestandes	98
3. Formulierung des Tatbestandes.....	99
a) Die Mindestvoraussetzungen	99
b) Die Höchsteinschränkungen.....	101
III. GRUNDGESETZLICHE ERFORDERLICHKEIT DES BESTEHENS VON INFORMATIONANSPRÜCHEN DER VOM KARTELLSCHADEN BETROFFENEN UND VORGABEN FÜR IHRE AUSGESTALTUNG	102
1. Artt. 2 Abs. 1, 14 Abs. 1 und 103 Abs. 1 GG – Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum.....	102
2. Art. 5 Abs. 1 S. 1 2. Fall GG – Informationsfreiheit.....	104
3. Art. 19 Abs. 4 GG - Effektiver Rechtsschutz.....	105
4. Art. 20 Abs. 3 GG – Rechtsstaatsprinzip und Justizgewährungsanspruch.....	106
5. Zwischenergebnis und Vorgaben für die Ausgestaltung des Tatbestandes	107

§ 4 DER INFORMATIONENSANSPRUCH DES RECHTSANWALTS ALS ORGAN DER RECHTSPFLEGE	107
I. TATSÄCHLICHE ERFORDERLICHKEIT EINES ANSPRUCHS	108
1. <i>Probleme der privaten Kartellrechtsdurchsetzung durch Endverbraucher.....</i>	<i>108</i>
a) Die Unkenntnis von Schaden/Anspruch	108
b) Das rationale Desinteresse	109
c) Die Streuschäden	110
2. <i>Mögliche Lösungen zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung durch Endverbraucher.....</i>	<i>112</i>
a) Aktenanforderung durch das Zivilgericht	113
b) Aufklärungskampagne über die Schadensersatzberechtigung bei Kartellrechtsverstößen	114
c) Ausweitung der kartellbehördlichen Veröffentlichungspraxis	114
d) Änderungen im Beweisrecht	115
e) Verschmelzung behördlicher und privater Durchsetzung	116
f) Materiell-rechtliche Bündelung durch Abtretung	116
g) Kollektiver Rechtsschutz	117
(i) Streitgenossenschaft	118
(ii) Sammel- oder Gruppenklagen	118
(iii) Verbandsklagen	119
(iv) Hybrid aus Gruppenklage und Musterprozess (KapMuG)	120
(v) Zwischenergebnis zum kollektiven Rechtsschutz	121
3. <i>Eigenständiger Informationsanspruch des nicht mandatierten Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege.....</i>	<i>122</i>
a) Warum gerade ein Informationsanspruch?	122
(i) Keine Abhilfe mittels Verbands- und Sammelklagen allein	122
(ii) Vergleichsweise milder Eingriff	124
b) Warum gerade der Rechtsanwalt?	125
(i) Bündelung von Verfahrensschritten und Anreize	125
(ii) Stellung als Organ der Rechtspflege	126
(a) Nichteignung anderer möglicher Anspruchsinhaber	127
(b) Der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege im deutschen Recht	131
(c) Der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege im europäischen Recht	133
(d) Berufung zur Mitwirkung an der Rechtsdurchsetzung als Organ der Rechtspflege	134
4. <i>Zwischenergebnis.....</i>	<i>135</i>
II. RECHTLICHE BEGRÜNDUNG DES ANSPRUCHS.....	135
1. <i>Art. 47 Abs. 2 EGRC – Recht auf ein faires Verfahren</i>	<i>136</i>
2. <i>Art. 41 Abs. 2 lit. b EGRC – Recht auf eine gute Verwaltung</i>	<i>137</i>
3. <i>Art. 42 EGRC – Recht auf Zugang zu Dokumenten</i>	<i>139</i>
4. <i>Recht auf effektiven Rechtsschutz</i>	<i>140</i>
a) Normierung	140
(i) Art. 47 Abs. 1 EGRC	140
(ii) Art. 19 Abs. 1 Ua. 2 EUV	141
(iii) Art. 4 Abs. 3 EUV	141

(iv) Fazit: Bezugnahme auf Art. 47 EGRC	143
b) Grundgedanke.....	143
c) Der Mitgliedstaat verletzt das Recht auf Schadensersatz	145
(i) (Unions-)Recht auf Schadensersatz.....	145
(ii) Keine Verletzung des (Unions-)Rechts auf Schadensersatz durch den Mitgliedstaat	150
d) Die Kartellanten verletzen das Recht auf Freiheit vor wettbewerbswidriger Beeinträchtigung	151
(i) Das (Unions-)Recht auf Freiheit vor wettbewerbswidriger Beeinträchtigung	151
(ii) Verletzung des (Unions-)Rechts auf Freiheit vor wettbewerbswidriger Beeinträchtigung durch die Kartellanten	155
(iii) Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz durch die Union oder den Mitgliedstaat	157
e) Folgen einer Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz.....	161
5. Art. 4 Abs. 3 EUV - Effektivitätsgrundsatz	161
a) Bedeutung des Effektivitätsgrundsatzes.....	161
b) Anwendung des Effektivitätsgrundsatzes mit Blick auf den Schadensersatzanspruch	164
c) Anwendung des Effektivitätsgrundsatzes mit Blick auf Artt. 101 und 102 AEUV	170
d) Verletzung staatlicher Schutzpflichten.....	172
e) Folgen einer Verletzung des Effektivitätsgrundsatzes.....	175
6. Artikel 16 EGRC – Unternehmerische Freiheit.....	177
7. Artikel 20 EGRC - Gleichheit vor dem Gesetz.....	181
8. Grundgesetzliche Gebotenheit.....	185
III. SCHLUSSFOLGERUNGEN.....	187
1. Formulierung der Mindesttatbestandsmerkmale.....	187
2. Mögliche weitere Ausgestaltung des Tatbestands.....	191
a) Die anwaltliche Werbung	192
b) Die Rolle der Verbraucherverbände	197
c) Kostentragung.....	199
3. Europarechts- und grundgesetzkonforme Auslegung bestehender Ansprüche.....	201
a) Anspruch gegen die Europäische Kommission.....	201
b) Ansprüche gegen deutsche Kartellbehörden.....	205
(i) § 406e StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 2. Hs. OWiG.....	205
(a) Verletztenbegriff.....	205
(b) Mandatsfiktion	207
(c) Selbstvertretung	208
(ii) § 474 StPO i.V.m. § 49b OWiG.....	210
(iii) § 475 StPO i.V.m. § 49b OWiG	211
(a) Sonstige Stelle.....	212
(b) Berechtigtes Interesse	212
(c) Selbstvertretung	215
(d) Auskünfte, Akteneinsicht, Besichtigung von Beweisstücken	216
(e) Abwägung mit gegenläufigen Interessen	217
(f) Ermessensreduktion.....	222
(g) Zweckentsprechende Verwendung.....	223
(h) Zwischenergebnis.....	224

(iv) § 1 Abs. 1 S. 1 IFG und entsprechendes Landesrecht.....	224
(v) § 29 VwVfG.....	225
(vi) Anspruch nach pflichtgemäßem Ermessen	225
c) Ergebnis.....	226
§ 5 WESENTLICHE ERGEBNISSE.....	226
§ 6 BIBLIOGRAPHIE.....	239
§ 7 VERZEICHNIS DER ENTSCHEIDUNGEN DES GERICHTSHOFES DER EUROPÄISCHEN UNION	256
I. EuGH.....	256
II. EuG	258

§ 1 Grundlegung

I. Thesen

Das Fundament der vorliegenden Arbeit bilden zwei Thesen, die in aller Kürze lauten:

1. These: Kartellgeschädigte haben gegen die Kartellbehörden (Europäische Kommission, Bundeskartellamt, Landeskartellämter und Bundeswirtschaftsministerium) einen Informationsanspruch, der es ihnen ermöglicht, den entstandenen Schaden darzulegen und zu beweisen. Dabei können sie sich eines Rechtsanwalts bedienen.

2. These: Rechtsanwälte haben – auch wenn sie nicht mandatiert sind – einen vergleichbaren Informationsanspruch wie die Kartellgeschädigten gegen die Kartellbehörden, weil sie als Organe der Rechtspflege aufgerufen sind, an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung mitzuwirken und dafür zu sorgen, dass durch Kartelle und Missbräuche marktbeherrschender Stellungen entstehende Schäden ausgeglichen und kompensiert werden.

Diese zwei Thesen wurden auf Grund folgender Überlegungen aufgestellt.

Trotz einer immer effektiveren behördlichen Verfolgung von Kartellen und dem Missbrauch marktbeherrschender Stellung, sind Verstöße gegen das Kartellrecht noch häufig anzutreffen. Diese Verstöße schaden nicht nur dem Wettbewerb an sich, sondern führen auch zu konkreten Schäden bei Marktteilnehmern. Die Schäden für Wettbewerber, Lieferanten, Abnehmer, Verbraucher und andere Marktteilnehmer erreichen jährlich immense Summen. Spätestens mit den Urteilen des EuGH in den Rs. Courage und Manfredi ist klar, dass „jedermann“, der einen Schaden erleidet, diesen auch ersetzt bekommen soll. Die Rechtswirklichkeit entspricht dem jedoch nicht: Den vielen behördlich geahndeten Kartellverstößen stehen nicht entsprechend viele private Schadensersatzklagen gegenüber. Längst nicht alle Schäden werden kompensiert, obwohl nunmehr seit einem Jahrzehnt die Europäische Kommission die Wichtigkeit der privaten Kartellrechtsdurchsetzung beteuert, zuletzt in ihrem jüngsten Richtlinienvorschlag über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union (COM(2013) 404 fi-

nal). Trotz verschiedener Bemühungen, zivilrechtliche Schadensersatzklagen in den Mitgliedstaaten zu erleichtern, fristen diese weiterhin ein Schattendasein. Dies mag verschiedene Gründe haben. Gewichtige Gründe werden sein, dass Endverbraucher oft gar nicht wissen, dass sie durch ein Kartell geschädigt wurden und in aller Regel den Kartellschaden auch nicht selbst berechnen könnten. Daneben steht das Problem des sogenannten rationalen Desinteresses. Wer nur einen kleinen Schaden davon getragen hat, mag zwar ein Interesse an Kompensation haben, scheut aber Risiko und unverhältnismäßigen Aufwand. Angesicht dieser Probleme sollten Rechtsanwälte ein Interesse daran haben, Kartellschäden aufzudecken und den Betroffenen Konzepte zur Durchsetzung ihres Schadensersatzanspruches anzubieten. Zudem kommt den Rechtsanwälten eine außerordentlich wichtige Rolle als Organe der Rechtspflege zu. Die Funktion des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege und sein geschäftliches Interesse können nutzbar gemacht werden, um die private Kartellrechtsdurchsetzung zu effektivieren. Schlüssel hierbei sind Informationsansprüche des Rechtsanwalts gegenüber den Kartellbehörden. Hätten nämlich Rechtsanwälte einen umfassenden Informationsanspruch, der es ihnen ermöglicht, die zum Nachweis des Kartellschadens notwendigen Informationen zu beschaffen, geeignete Mandanten auf verschiedenen Marktstufen auszumachen und diesen ihre Dienste anzubieten, würden die private Kartellrechtsdurchsetzung verstärkt und die Chancen erhöht, dass auch „jedermann“ seinen Schaden in voller Höhe ersetzt bekommt. Hieraus ergäbe sich gleichzeitig ein Vorteil für die Volkswirtschaft insgesamt. Wird das Haftungsrecht konsequent genutzt, kann es seine Steuerungswirkung entfalten. Eine breite Durchsetzung der Kompensationsmöglichkeiten auf allen Marktstufen wirkt abschreckend. Weniger Verstöße gegen das Kartellrecht wären die Folge. Das Anerkenntnis von Informationsansprüchen könnte also nicht nur dem Einzelnen zum Ausgleich verhelfen, sondern darüber hinaus volkswirtschaftlich zur effizienten Ressourcenallokation durch effektive Kartellbekämpfung beitragen.

Wissenschaftlich bisher ungeklärt ist, ob ein Anwalt, der noch nicht mandatiert ist, einen Anspruch auf Auskunft aus oder Einsichtnahme in die kartellbehördlichen Akten hat und wie er diesen durchsetzen kann. Es ist also zu klären, ob und in welchem Umfang er in den verschiedenen Stadien eines Ermittlungsverfahrens Auskunfts- und/oder Akteneinsichtsansprüche gegen die Kartellbehörden hat. Rücksicht zu

nehmen ist hierbei insbesondere auf die Stellung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege, gerade auch im Hinblick auf die ihm zu späterem Zeitpunkt zukommende Rolle in der privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Damit verbundene Fragen bedürfen ebenfalls einer Klärung: Dürfen ihm bestimmte Erkenntnisse auch vorenthalten werden, oder müssen ihm die Akten ohne Wenn und Aber geöffnet werden? Wie darf oder muss er sein Wissen in die Rechtswirklichkeit tragen? Ist er verpflichtet, allen Betroffenen vom Kartell seine Informationen zu offenbaren? Darf er sich nur an Endverbraucher wenden oder Kartellgeschädigte auf verschiedenen Marktstufen vertreten? Und wie darf er überhaupt Mandanten werben?

Hierauf möchte die vorliegende Arbeit eingehen. Dabei wird nicht aus dem Blick verloren, dass der Rechtsanwalt in der privaten Kartellrechtsdurchsetzung nicht nur als Organ der Rechtspflege tätig wird, sondern auch als Vertreter nur eines Mandanten. Letztere Rolle ist der klassische Fall. Ausgehend hiervon wird der Informationsanspruch des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege entwickelt.

Die Tatbestände der Informationsansprüche – für den Rechtsanwalt als Vertreter des Kartellgeschädigten und für den Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege – sollen als Rahmen dienen. Ihre Überprüfung ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Ausführlich lauten die Thesen:

1. These: Das EU-Primärrecht bedingt die Existenz von Informationsansprüchen der Kartellgeschädigten gegen mitgliedstaatliche Kartellbehörden und die EU-Kommission. Genauso verlangt auch das Grundgesetz das Bestehen von Informationsansprüchen gegen deutsche Kartellbehörden. Es kann verlangt werden, dass ein Rechtsanwalt die Akteneinsicht für den Betroffenen vornimmt. Es steht der Kommission und den Mitgliedstaaten ferner frei, vom Antragsteller die Darlegung zu verlangen, dass die Einsicht erforderlich ist. Sie ist jedenfalls dann erforderlich, wenn sie die einzige Möglichkeit ist, den Schadensersatzanspruch zu substantiieren, d.h. keine anderen Wege bestehen, die notwendigen Beweise zu beschaffen. Die Akteneinsicht ist einzuschränken, soweit die entgegenstehenden Interessen der Wettbewerbsbehörden an einem effektiven Kronzeugenprogramm und das Interesse der Verfahrensbeteiligten am Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse das private Interesse

des Geschädigten bzw. das öffentliche Interesse an einer wirksamen privaten Kartellrechtsdurchsetzung überwiegen. Nur bei konkreter, absehbarer Beeinträchtigung der gegenläufigen Interessen kann die Akteneinsicht eingeschränkt werden. Das Interesse der Verfahrensbeteiligten, nicht auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden, ist bei dieser Abwägung nicht berücksichtigungsfähig. Grundsätzlich hat die Abwägung im Einzelfall und für jedes Dokument einzeln zu erfolgen (sog. Pflicht zur konkreten und individuellen Prüfung), die Kartellbehörde darf sich jedoch bei bestimmten Kategorien von Dokumenten auf eine allgemeine Vermutung für das Vorliegen von Weigerungsgründen zum Schutze von Geschäftsgeheimnissen und des Untersuchungsverfahrens stützen. Diese Vermutung kann widerlegt werden. Bei der Abwägung ist auch auf die fortbestehende Unschuldsvermutung bei noch nicht rechtskräftiger Entscheidung Rücksicht zu nehmen, d.h. die Berufs- und Geschäftsgeheimnisse der Verfahrensparteien sind besonders zu schützen, wenn gegen die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde noch gerichtlich vorgegangen wird.

2. These: Das Nichtbestehen eines eigenständigen Informationsanspruchs des Rechtsanwalts gegenüber der Europäischen Kommission und den deutschen Kartellbehörden wäre ein Verstoß gegen EU-Primärrecht und das Grundgesetz.

Ein Rechtsanwalt muss in Ausübung seiner Funktion als Organ der Rechtspflege Einsicht in die Akten der Europäischen Kommission und der nationalen Wettbewerbsbehörden nehmen und Beweisstücke besichtigen können, um zu klären, ob Schadensersatzansprüche Dritter wegen Verstößen gegen Artt. 101 und 102 AEUV oder entsprechende nationale Vorschriften bestehen oder um Informationen zur Darlegung oder dem Beweis solcher Schadensersatzansprüche zu sammeln. Die Akten, in die Einsicht zu gewähren ist, müssen nicht den Verstoß zum Gegenstand haben, auf Grund dessen der Schadensersatzanspruch besteht, den der Rechtsanwalt darzulegen oder zu beweisen sucht. Der Rechtsanwalt hat darzulegen, dass öffentlich verfügbare Informationen zur Klärung nicht ausreichen oder deren Auswertung einen erheblichen Mehraufwand bedeuten würde. Akteneinsicht wird in jedem Stand des Verfahrens gewährt, soweit dies der Ermittlungstätigkeit der Behörden nicht entgegensteht und zu keinen erheblichen Verfahrensverzögerungen führt. Kronzeugeneinreichungen sowie Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse werden unter Berücksichtigung der Stellung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege entsprechend den Vorschriften über den In-

Informationszugang von Kartellgeschädigten geschützt. Unter diesen Voraussetzungen kann der Rechtsanwalt auch Auskünfte aus den Akten verlangen, es sei denn die Erteilung von Auskünften erfordert einen unverhältnismäßigen Aufwand. Die mittels Akteneinsicht oder Auskunft erlangten Informationen dürfen nur zu Zwecken verwendet werden, derentwegen Einsicht genommen wurde. Erlangte Informationen dürfen nur weitergegeben werden, soweit dies für die Rechtsverfolgung erforderlich ist und nach Weitergabe keine Zweckentfremdung zu befürchten ist.

II. Gang der Untersuchung und Begrifflichkeiten

Die Überprüfung der Thesen erfolgt in drei großen Schritten. Zunächst werden die tatsächlichen Umstände der privaten Kartellrechtsdurchsetzung mit Fokus auf Kartellschadensersatzklagen beleuchtet (§ 2 – Rechtstatsachen). Sodann wird auf die Informationsansprüche der vom Kartellschaden Betroffenen (§ 3) und der Rechtsanwälte als Organe der Rechtspflege (§ 4) eingegangen.

§ 2 dient zunächst dazu, den Zustand der privaten Kartellrechtsdurchsetzung zu erfassen (§ 2 I) und die Gründe für das Defizit bei den Kartellschadensersatzklagen zu erforschen (§ 2 II). Auf das schwerwiegendste, aber lösbare Problem – die Informationsasymmetrie – wird gesondert eingegangen (§ 2 III).

§ 3 nimmt sich zunächst der anerkannten Informationsansprüche der Kartellgeschädigten an (§ 3 I). Daran anschließend wird erörtert, ob für Union und Mitgliedstaaten auf Grund primärrechtlicher (§ 3 II) oder grundgesetzlicher Vorgaben (§ 3 III) überhaupt die rechtliche Verpflichtung besteht, dem Kartellgeschädigten Informationsansprüche zu gewähren und ggf. welche rechtlichen Vorgaben für die Anspruchsausgestaltung bestehen.

§ 4 widmet sich zunächst der Frage, ob ein eigenständiger Informationsanspruch für Rechtsanwälte tatsächlich erforderlich ist (§ 4 I). Sodann wird überprüft, ob auch auf Grund rechtlicher Vorgaben ein derartiger Anspruch zu fordern ist (§ 4 II). Schließlich wird untersucht, welche Schlussfolgerungen aus der rechtlichen Analyse zu ziehen sind, insbesondere welche rechtlichen Vorgaben für die Ausgestaltung eines Informationsanspruches bestehen und ob bereits bestehende Ansprüche diesen gerecht werden (§ 4 III).

Den Abschluss der Arbeit bildet eine Zusammenfassung ihrer wesentlichen Ergebnisse (§ 5).

Im Grundsatz werden Begriffe in dieser Arbeit erläutert, wo sie zuerst in Erscheinung treten. Einige wenige Erläuterungen seien jedoch vorangestellt: Ist allgemein die Rede von Informationsansprüchen, so sind damit Ansprüche auf Dokumenten- und Informationszugang sowie Auskunfts- und Akteneinsichtsansprüche gemeint. Der Begriff des europäischen oder deutschen Wettbewerbsrechts wird synonym mit dem Begriff des Kartellrechts im Sinne des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen, nicht aber des Rechts des unlauteren Wettbewerbs verwendet. Von ihm umfasst werden sollen die Regeln über das Kartellverbot und das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, nicht aber das Lauterkeitsrecht (UWG). Der Kartellschaden im Sinne der vorliegenden Arbeit ist der Schaden, der durch kartellrechtswidriges Verhalten entstanden ist, also entweder durch Verstoß gegen das Kartellverbot oder das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Gleichsam kann der Kartellgeschädigte auch von einem Missbrauch marktbeherrschender Stellung betroffen sein. Der Begriff Rechtsanwalt wird neutral als Berufsbezeichnung verwendet. Selbstverständlich sind hiervon auch Rechtsanwältinnen umfasst. Gleiches gilt für sämtliche Personenbezeichnungen in der Arbeit, z.B. für die Verfahrensbeteiligten und die Kartellgeschädigten.

Auf Anglizismen und Abkürzungen, mit Ausnahme von Gesetzesbezeichnungen, wird soweit möglich verzichtet.

§ 2 Rechtstatsachen

I. Der (Miss-)Stand der privaten Kartellrechtsdurchsetzung

1. Private Kartellrechtsdurchsetzung in Zahlen

Verstöße gegen das Kartellrecht verursachen Schäden für die Volkswirtschaft, aber auch für einzelne Marktteilnehmer,¹ die derzeit nicht vollumfassend kompensiert werden.

Zunächst wird die Entwicklung der behördlichen Verfolgungsaktivitäten beleuchtet und untersucht, welche Schlüsse sich aus den Daten ziehen lassen. Sodann wird auf Schäden eingegangen, die durch Kartellrechtsverstöße entstehen. Nach der Feststel-

¹ Zum Unterschied von volkswirtschaftlichen und betriebswirtschaftlichen Schäden durch Kartelle *Haucap/Stühmeier*, WuW 2008, 413, 413ff.

lung, dass die Möglichkeit zur Schadenskompensation rechtlich besteht, wird schließlich geprüft, ob in tatsächlicher Hinsicht ein Kompensationsdefizit besteht.

a) Zahlen zur behördlichen Verfolgung und daraus zu ziehende Schlüsse

Die Verfolgung von Verstößen gegen kartellrechtliche Vorschriften des EU-Rechts und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hat qualitativ (behördliches Instrumentarium) und quantitativ (Fallzahlen und Bußgelder) neue Dimensionen erreicht. Zum einen ist dies Zeugnis einer effektiveren behördlichen Verfolgung. Zum anderen lässt sich daraus schließen, dass immer noch oft und intensiv gegen kartellrechtliche Vorschriften verstoßen wird.

In qualitativer Hinsicht ist das behördliche Repertoire an Instrumenten zur wirksamen Kartellverfolgung in den letzten 15 Jahren erweitert worden. So rühmt sich beispielsweise das Bundeskartellamt (BKartA) „in den letzten Jahren seinen Einsatz bei der Kartellverfolgung erheblich intensiviert“² zu haben und führt dies auf die Kronzeugenregelung (sog. „Bonusregelung“, eingeführt 2002, „höchst erfolgreich“³, überarbeitet 2006, seither „noch schlagkräftiger“⁴), die Einrichtung der Sonderkommission Kartellbekämpfung (2002, Planung und Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen, Unterstützung bei der komplexen Auswertung von Beweismitteln) und die Gründung von drei eigens für die Verfolgung von Hardcore-Kartellen (Preis-, Quoten-, Kunden- und Gebietsabsprachen) zuständigen Beschlussabteilungen zurück.⁵ Die Änderungen zeigten laut Bundeskartellamt sichtbare Ergebnisse: „Aufgrund dieser Maßnahmen und der verbesserten personellen Ressourcenausstattung konnte in noch stärkerem Maße als in der Vergangenheit Hinweisen auf illegale Absprachen nachgegangen werden. Dabei sind nicht nur die Fallzahlen gegenüber den 1990er Jahren stetig gestiegen und haben sich seither etwa verdreifacht.“⁶

Die Fallzahlen verharren seit einigen Jahren auf hohem Niveau, wobei diese nicht nur ein Indiz für die verbesserte Verfolgung kartellrechtlicher Verstöße sind.⁷ Vielmehr

² Bundeskartellamt, Erfolgreiche Kartellverfolgung, S. 3.

³ Bundeskartellamt, Erfolgreiche Kartellverfolgung, S. 6.

⁴ Bundeskartellamt, Erfolgreiche Kartellverfolgung, S. 6.

⁵ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2009/2010, BT-Drs. 17/6640, S. 16; Bundeskartellamt, Erfolgreiche Kartellverfolgung, S. 7. Die dritte zusätzliche Beschlussabteilung wurde 2011 geschaffen.

⁶ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2009/2010, S. 16.

⁷ Bundeskartellamt, Erfolgreiche Kartellverfolgung, S. 7.

sind sie Beweis dafür, dass trotz intensiverer Verfolgung und empfindlich hohen Bußgeldern noch immer massenhaft kartelliert wird oder marktbeherrschende Stellungen missbraucht werden. Man muss sich bewusst sein, „dass illegale Wettbewerbsbeschränkungen nach wie vor keine Seltenheit sind.“⁸

Das Bundeskartellamt eröffnet jährlich Kartell- und Missbrauchsverfahren im höheren zweistelligen Bereich:

Im Bereich des Kartellverbots (Art. 101 AEUV oder § 1 GWB) eröffnete das BKartA:

2009: 87 neue Verfahren; 36 im gleichen Jahr abgeschlossene Verfahren endeten mit Bußgeldbescheid oder Aufgabe des beanstandeten Verhaltens.⁹

2010: 79 neue Verfahren; 34 im gleichen Jahr abgeschlossene Verfahren endeten mit Verpflichtungszusage, Bußgeldbescheid oder Aufgabe des beanstandeten Verhaltens.¹⁰

2011: 65 neue Verfahren; 34 abgeschlossene Verfahren endeten mit Abstell- oder Untersagungsverfügung, Bußgeldbescheid, Aufgabe des beanstandeten Verhaltens oder einer Verpflichtungszusage.¹¹

2012: 167 neue Verfahren; 29 abgeschlossene Verfahren endeten mit Abstell- oder Untersagungsverfügung, Bußgeldbescheid, Aufgabe des beanstandeten Verhaltens oder einer Verpflichtungszusage.¹²

Für die Missbrauchsverfahren (§§ 19ff. GWB oder auch Art. 102 AEUV) ergibt sich folgendes Bild:

2009: 50 neue Verfahren; 7 abgeschlossene Verfahren endeten mit Verpflichtungszusage, Abstell- oder Untersagungsverfügung, Bußgeldbescheid oder Aufgabe des beanstandeten Verhaltens.¹³

2010: 30 neue Verfahren (Missbrauchsverfahren, 19ff GWB oder auch Art. 102 AEUV), 8 abgeschlossene Verfahren endeten mit Abstell- oder Untersagungsverfügung oder Aufgabe des beanstandeten Verhaltens.¹⁴

2011: 32 neue Verfahren; 12 abgeschlossene Verfahren endeten mit Abstell- oder Untersagungsverfügung, Bußgeldbescheid, Aufgabe des beanstandeten Verhaltens oder einer Verpflichtungszusage.¹⁵

2012: 33 neue Verfahren; 14 abgeschlossene Verfahren endeten mit Abstell- oder Untersagungsverfügung, Bußgeldbescheid, Aufgabe des beanstandeten Verhaltens oder einer Verpflichtungszusage.¹⁶

⁸ Bundeskartellamt, Erfolgreiche Kartellverfolgung, S. 14.

⁹ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2009/2010, S. 164.

¹⁰ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2009/2010, S. 164.

¹¹ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2011/2012, BT-Drs. 17/13675, S. 132.

¹² Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2011/2012, S. 134.

¹³ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2009/2010, S. 164.

¹⁴ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2009/2010, S. 164.

¹⁵ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2011/2012, S. 132.

¹⁶ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2011/2012, S. 134.

Die Summe der neuen Verfahren aller Landeskartellämter (LKartA) kommt der des Bundeskartellamts nahe. Zu beobachten ist jedoch, dass vor den Landeskartellämtern der Schwerpunkt auf den Missbrauchsverfahren liegt:

Fallzahlen 2009: 38 neue Verfahren (Art. 101 AEUV u./o. § 1 GWB), 19 abgeschlossene Verfahren endeten mit Verpflichtungszusage, Bußgeldbescheid oder Aufgabe des beanstandeten Verhaltens.¹⁷

Fallzahlen 2009: 80 neue Verfahren (Missbrauchsverfahren, 19ff GWB oder auch Art. 102 AEUV), 40 abgeschlossene Verfahren endeten mit Verpflichtungszusage, Bußgeldbescheid oder Aufgabe des beanstandeten Verhaltens.¹⁸

Fallzahlen 2010: 25 neue Verfahren (Art. 101 AEUV u./o. § 1 GWB), 34 Verfahren endeten mit Verpflichtungszusage, Bußgeldbescheid oder Aufgabe des beanstandeten Verhaltens.¹⁹

Fallzahlen 2010: 80 neue Verfahren (Missbrauchsverfahren, 19ff GWB oder auch Art. 102 AEUV), 29 abgeschlossene Verfahren endeten mit Verpflichtungszusage oder Aufgabe des beanstandeten Verhaltens.²⁰

Fallzahlen 2011: 44 neue Verfahren (Art. 101 AEUV u./o. § 1 GWB), 20 abgeschlossene Verfahren endeten mit Bußgeldbescheid, Untersagungs- oder Abstellungsverfügung, oder Aufgabe des beanstandeten Verhaltens.²¹

Fallzahlen 2011: 51 neue Verfahren (Missbrauchsverfahren, 19ff GWB oder auch Art. 102 AEUV), 17 abgeschlossene Verfahren endeten mit Verpflichtungszusage oder Aufgabe des beanstandeten Verhaltens.²²

Fallzahlen 2012: 60 neue Verfahren (Art. 101 AEUV u./o. § 1 GWB), 23 abgeschlossene Verfahren endeten mit Bußgeldbescheid oder Aufgabe des beanstandeten Verhaltens.²³

Fallzahlen 2012: 67 neue Verfahren (Missbrauchsverfahren, 19ff GWB oder auch Art. 102 AEUV), 38 abgeschlossene Verfahren endeten mit Verpflichtungszusage oder Aufgabe des beanstandeten Verhaltens.²⁴

Die Aktivitäten der Europäischen Kommission ergeben folgende Fallzahlen:²⁵

¹⁷ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2009/2010, S. 165.

¹⁸ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2009/2010, S. 165.

¹⁹ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2009/2010, S. 165.

²⁰ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2009/2010, S. 165.

²¹ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2011/2012, S. 136.

²² Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2011/2012, S. 138.

²³ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2011/2012, S. 138.

²⁴ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2011/2012, S. 136.

²⁵ Europäische Kommission, Cartel Statistics, Abb. 1.7, 1.9.

2009 traf die Kommission 40 Entscheidungen, davon betrafen 6 Kartelle. Hierbei muss beachtet werden, dass als Kartellentscheidung gilt, was ein einzelnes Verfahren abschließt, aber durchaus mehrere Unternehmen und mehrere verschiedene Verstöße betreffen kann. 2010 fällte die Kommission 69 Entscheidungen, davon 7 reine Kartellsachen; 2011 14 (4) und 2012 37 (5) und 2013 19 (4).

Auch höhere Bußgelder werden verhängt. Diese sind ebenfalls Ausdruck der gestiegenen Verfolgungsintensität.²⁶

Im Vergleich zu den Zeiträumen vor 2002 (1994–1997 und 1998–2001) hat sich die Gesamtsumme der vom Bundeskartellamt verhängten Bußgelder in den letzten Jahren (2002–2005 und 2006–2009) mehr als vervierfacht.²⁷ Dieses hohe Niveau wird gehalten: Im Jahr 2009 verhängte das Bundeskartellamt insgesamt 297,5 Mio. Euro,²⁸ 2010 insgesamt 266,7 Mio. Euro,²⁹ 2011 insgesamt 189,8 Mio. Euro,³⁰ und 2012 insgesamt 316 Mio. Euro Bußgeld.³¹ Tatsächlich vereinnahmt wurden 2009 insgesamt 178 Mio. Euro,³² 2010 insgesamt 124 Mio. Euro,³³ 2011 insgesamt 162,³⁴ und 2012 insgesamt 224 Mio. Euro.³⁵

Das durchschnittliche Bußgeld pro Unternehmen liegt im Zeitraum 2006-2009 bei ca. 12 Millionen Euro und hat sich damit gegenüber dem davorliegenden Zeitraum 2002-2005 mehr als verdoppelt, gegenüber früheren Zeiträumen noch stärker vervielfacht.³⁶ Dies zeigt, dass es sich bei den verfolgten Verstößen keineswegs um Bagatellen handelt, sondern um teilweise tiefgreifende und schwerwiegende Verstöße gegen die Wettbewerbsordnung.

Die EU-Kommission verhängte 2010 ca. 2,87 Milliarden Euro, 2011 ca. 0,61 Milliarden und 2012 sowie 2103 jeweils ca. 1,88 Milliarden.³⁷ Die durch Gerichtsentscheidungen

²⁶ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2009/2010, S. 16.

²⁷ Bundeskartellamt, Erfolgreiche Kartellverfolgung, S. 8, Abb. 2.

²⁸ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2009/2010, S. 37.

²⁹ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2009/2010, S. 37.

³⁰ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2011/2012, S. 29.

³¹ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2011/2012, S. 29.

³² Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2009/2010, S. 37.

³³ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2009/2010, S. 37.

³⁴ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2011/2012, S. 28.

³⁵ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2011/2012, S. 28.

³⁶ Bundeskartellamt, Erfolgreiche Kartellverfolgung, S. 9, Abb. 3.

³⁷ Europäische Kommission, Cartel Statistics, Abb. 1.1.

teilweise nach unten korrigierten Bußgelder lagen in der Summe nur knapp darunter.³⁸

Hier hat sich die Gesamtsumme der in den Jahren 2010-2014 verhängten Geldbußen gegenüber Vergleichszeiträumen vor der Jahrtausendwende sogar mehr als verzweifach.³⁹

Die über die Jahre stetig hohen Fallzahlen und die ansteigenden Bußgelder (Gesamtsumme und Einzelbußgelder) bezeugen, dass nach wie vor Kartellrechtsverstöße häufig auftretende und intensive Angriffe auf den freien Wettbewerb sind.

b) Volkswirtschaftliche und Individualschäden

Diese Verstöße schaden nicht nur dem Wettbewerb an sich, sondern führen auch zu konkreten Schäden bei Marktteilnehmern.

Wie 2013 der Vizepräsident der EU-Kommission und Wettbewerbskommissar *Almunia* in einer Rede feststellte, ist dies heutzutage Konsens: „(...) it seems that everyone now agrees that competition law infringements can harm any economic agent without distinction, be they consumers, SMEs or large companies.“⁴⁰

Die Schäden für Wettbewerber, Lieferanten, Abnehmer, Verbraucher und andere Marktteilnehmer erreichen jährlich immense Summen. Ebenso trägt die öffentliche Hand einen hohen Schaden davon, denn „(...) Bund, Länder und Gemeinden zahlen – ebenso wie die privaten Verbraucher – überhöhte Kartellpreise (...).“⁴¹

Ogleich es unumstritten ist, dass Verstöße gegen die Wettbewerbsordnung sich in Schäden bei allen Marktteilnehmern niederschlagen und die Summe dieser Schäden sehr hoch ist, ist es doch schwierig den Gesamtschaden zu beziffern.

Einige Studien haben sich eingehend mit dem Einzelproblem des Preisaufschlags bei Kartellen (engl. „cartel overcharge“) beschäftigt, deren Ergebnisse die im Auftrag der Europäischen Kommission 2009 erstellte Oxera-Studie zusammenfasst:

„Posner (2001) presents the overcharges for 12 cartel cases, with a median value of 28% of the cartel price. Levenstein and Suslow (2006), based on their review of 16 cartel case studies, find that ‘virtually every cartel case study surveyed reports that the cartel was able to raise prices immediately following

³⁸ Europäische Kommission, Cartel Statistics, Abb. 1.3.

³⁹ Europäische Kommission, Cartel Statistics, Abb. 1.4.

⁴⁰ Almunia, Antitrust damages in EU law and policy, Rede vom 7. November 2013, SPEECH/13/887, S. 5.

⁴¹ Bundeskartellamt, Erfolgreiche Kartellverfolgung, S. 12.

cartel formation'. A 2002 OECD study based on a survey of cartel cases conducted by its members between 1996 and 2000 finds that the median overcharge was between 13% and 16% of the cartel price (with a variation from 3% to 40%). Werden (2003) reviews 13 other studies, and arrives at a median overcharge of 15% of the cartel price.

A recent study by Connor and Lande (2008) has used the most comprehensive dataset on cartel overcharges currently available, and is also the most widely cited study on this topic. It contains 674 observations of average overcharges from 200 social science studies of cartels over the period 1780–2004, and finds that the median cartel overcharge for all types of cartel was 20% of the cartel price. An earlier study by Connor and Lande (2005) suggested that in around 7% of cartel cases there was no overcharge.⁴²

Allein bei sog. Hardcore-Kartellen wird also durch die beschriebenen Preisaufschläge ein jeweils (!) immenser Schaden verursacht. Diese Aufschläge können zu Milliarden-Beträgen anwachsen. Im Vitamin-Kartell beispielweise summierte sich der weltweite Schaden auf über 6,7 Milliarden Euro, der Schaden in Europa für den Verbraucher betrug etwa 2,5 Milliarden Euro (jeweils im Zeitraum 1990-1999).⁴³ Auch in Deutschland entstehen durch schon einzelne (!) Kartelle hohe Schäden. Das Bundeskartellamt zeigt dies beispielhaft an Hand des Zement-Kartells auf: „Auch die konkreten Erfahrungen in Deutschland bestätigen, dass Hardcore-Kartelle zu stark überhöhten Preisen führen und damit der Volkswirtschaft und insbesondere dem Verbraucher schaden. So wurde beispielsweise im Rahmen eines Verfahrens vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf durch einen ökonomischen Experten festgestellt, dass aufgrund eines illegalen Kartells die Preise für eine Tonne Zement in Deutschland im Zeitraum 1991 bis 2002 um durchschnittlich ca. sechs Euro und damit um ca. zehn Prozent überhöht waren. Allein durch diesen Preiseffekt hat das Kartell einen jährlichen Schaden in Höhe von ca. 180 Millionen Euro verursacht.“⁴⁴

Da ökonomische Analysen nicht zu allen Kartellfällen erstellt werden, ist es schwierig, den verursachten Gesamtschaden zu bestimmen. Es existieren bestenfalls Schätzungen, wie die der OECD aus dem Jahre 2002: „The worldwide economic harm from cartels is clearly very substantial, although it is difficult to quantify it accurately. Conser-

⁴² Oxera, Quantifying antitrust damages, S. 89ff mwN.

⁴³ Bundeskartellamt, Erfolgreiche Kartellverfolgung, S. 12.

⁴⁴ Bundeskartellamt, Erfolgreiche Kartellverfolgung, S. 12.

vatively, it exceeds many billions of U.S. dollars per year (weltweit, Anm. des Verf.)“⁴⁵
Das Bundeskartellamt zieht sich im Jahre 2011 auf die Aussage zurück, die gesamtwirtschaftlichen Kosten illegaler Absprachen seien „immens.“⁴⁶

Anhaltspunkte für eine Schadensbestimmung liefern die Schätzungen von Europäischer Kommission und Bundeskartellamt darüber, vor wie viel Schaden sie durch ihr Tätigwerden die Marktteilnehmer bewahrt haben.

Die Kommission errechnet den Kostenvorteil der Kunden (engl. „observable customer benefits from stopping a cartel“), indem sie den Preisaufschlag mit dem Wert der betroffenen Produkte multipliziert und sodann auf die geschätzte Anzahl Jahre hochrechnet, die das Kartell noch bestanden hätte, wäre es unentdeckt geblieben.⁴⁷ Hierbei kommt sie auf folgende Zahlen: 7,2 - 10,8 Milliarden Euro (2010),⁴⁸ 1,8 - 2,7 Milliarden Euro (2011), 1,35 - 2 Milliarden Euro (2012).⁴⁹ Da nur endgültige Entscheidungen aus dem Berichtsjahr in die Berechnungen einfließen, können zwischen den Jahren erhebliche Unterschiede bestehen (z.B. 2010: 7 Entscheidungen, bis zu 10,8 Milliarden Euro Vorteil und 2011: 4 Entscheidungen, bis zu 2,7 Milliarden Euro Vorteil). Die Berechnungen der Europäischen Kommission beruhen auf vorsichtigen Annahmen und betreffen nur direkte Schäden für den Kunden, die auf Kartelle zurückzuführen sind.⁵⁰

Das Bundeskartellamt schätzt ebenfalls den Schaden, vor dem es die Verbraucher bewahrt. Es geht methodisch jedoch anders vor. Der Überschlag für den (jährlichen, nicht insgesamt) vermiedenen Schaden beruht letztlich auf einer Schätzung der zuvor verursachten Schäden.⁵¹ Denn wenn das Bundeskartellamt meldet, „wären die durch das Bundeskartellamt in den Jahren 2003 - 2009 aufgedeckten und geahndeten Kartelle auch heute noch aktiv, würde dies allein für das Jahr 2010 einen jährlichen Schaden für den Verbraucher von 500 bis 750 Mio. Euro bedeuten,“⁵² heißt dies nichts anderes, als dass der Schaden zur Zeit des Bestehens der Kartellabsprache

⁴⁵ OECD, hard core cartels report, S. 2.

⁴⁶ Bundeskartellamt, Erfolgreiche Kartellverfolgung, S. 12.

⁴⁷ Europäische Kommission, Jahresbericht der GD Wettbewerb 2011, S. 11.

⁴⁸ Europäische Kommission, Jahresbericht der GD Wettbewerb 2010, S. 5; Europäische Kommission, Jahresbericht der GD Wettbewerb 2011, S. 11. In letzterem ist allerdings nur noch von 5,9 - 8,8 Milliarden EUR die Rede.

⁴⁹ Europäische Kommission, Jahresbericht der GD Wettbewerb 2011, S. 4.

⁵⁰ Europäische Kommission, Jahresbericht der GD Wettbewerb 2011, S. 11.

⁵¹ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2009/2010, S. 17.

⁵² Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2009/2010, S. 17.

ebenfalls in etwa 500 bis 750 Mio. Euro jährlich betrug. Die Angaben beruhen auf sehr vorsichtigen Schätzungen und berücksichtigen nur direkte Schäden beim Verbraucher. Schäden auf höheren Marktstufen sind nicht mit einberechnet. Darüber hinaus sind auch Schäden in Deutschland durch Kartelle entstanden, die durch die Europäische Kommission geahndet wurden. Ebenfalls nicht einbezogen sind die auf allen Marktstufen entstandenen Schäden, die auf einen Missbrauch einer marktherrschenden Stellung zurückzuführen sind. Somit kann, trotz aller gebotener Vorsicht, behauptet werden, dass der jährliche Schaden auf Grund von Verstößen gegen kartellrechtliche Vorschriften in Deutschland die Milliardengrenze übersteigt.

c) *Rechtliche Möglichkeit der Schadenskompensation*

Spätestens mit den Urteilen des EuGH in den Rs. *Courage* und *Manfredi* ist klar, dass „jedermann“, der einen Schaden erleidet, diesen auch ersetzt bekommen soll.

Im Fall „*Courage*“ (2001) führt der EuGH aus: „Die volle Wirksamkeit des (Art. 101 AEUV) und insbesondere die praktische Wirksamkeit des in (Art. 101 Abs. 1 AEUV) ausgesprochenen Verbots wären beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.“⁵³ Fast wortgleich wird dies im Fall „*Manfredi*“ (2006) vom EuGH wiederholt.⁵⁴ Diese Rechtsprechung ist in Deutschland selbstverständlich anerkannt und fand zuletzt im BGH-Urteil in der Rs. „*ORWI*“ ihren Niederschlag: „Hiervon ausgehend erfordert die praktische Wirksamkeit des Art. 101 I AEUV, dass jedermann Ersatz des Schadens verlangen kann, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränkt oder verfälscht, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.“⁵⁵ Der Grundsatz, dass „jedermann“ Schadensersatz verlangen können muss, gilt auch für Verstöße gegen Art. 102 AEUV. Dies ist ohne Einschränkungen in der Literatur anerkannt,⁵⁶ lässt sich aber auch bereits aus dem Urteil in der Rs. *Courage* folgern, wo es heißt: „Ein solcher Schadensersatzanspruch erhöht nämlich die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln und ist geeignet, von - oft verschleierten - Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb be-

⁵³ C-453/99 – *Courage*, Rn. 26.

⁵⁴ C-295/04 – *Manfredi*, Rn. 60.

⁵⁵ BGH Urteil vom 28.6.2011, KZR 75/10, Rn. 15 = BGH NJW 2012, 928.

⁵⁶ Eilmansberger in: *Hirsch* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Band 1, 1. Aufl., Art. 82 EG, Rn. 611; zustimmend Jung in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Losebl.-Ausg., Art. 102 AEUV, Rn. 12.

schränken oder verfälschen können. Aus dieser Sicht können Schadensersatzklagen vor den nationalen Gerichten wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Gemeinschaft beitragen.“⁵⁷ Die „gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln“ umfassen hierbei auch das Missbrauchsverbot aus Art. 102 AEUV.

d) Tatsächliches Defizit der Schadenskompensation

In der Rechtswirklichkeit macht jedoch nicht „jedermann“ seinen Schaden geltend. Den vielen behördlich geahndeten Kartellverstößen stehen nicht entsprechend viele private Schadensersatzklagen gegenüber. Längst nicht alle entstandenen Schäden werden kompensiert.

Jedenfalls für die Jahre 2006 und 2007 lässt sich dies an Hand von Zahlen belegen: 2006 standen insgesamt 181 neuen Kartell- und Missbrauchsverfahren und 46 abgeschlossenen Verfahren, die mit Untersagungs- oder Abstellverfügung, Bußgeldbescheid, Aufgabe des beanstandeten Verhaltens oder Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils endeten,⁵⁸ nur geschätzt 106 kartellrechtliche Schadensersatzklagen gegenüber.⁵⁹ 2007 wurden vom Bundeskartellamt und den Landeskartellämtern insgesamt 295 neue Kartell- und Missbrauchsverfahren eröffnet, 113 abgeschlossene Verfahren endeten mit Untersagungs- oder Abstellverfügung, Verpflichtungszusage, Bußgeldbescheid oder Aufgabe des beanstandeten Verhaltens.⁶⁰ Dahingegen sind nur etwa 120 kartellrechtliche Schadensersatzklagen zu verzeichnen.⁶¹ Ist die Lage heute immer noch so, oder ist das Ungleichgewicht überwunden?

In seiner Broschüre „Erfolgreiche Kartellverfolgung - Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher“ aus dem Jahre 2011 behauptet das Bundeskartellamt: „Es gibt mittlerweile kaum mehr eine Bußgeldentscheidung einer Kartellbehörde, die keine zivilrechtli-

⁵⁷ C-453/99 – Courage, Rn. 27.

⁵⁸ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2006/2006, BT-Drs. 16/5710, S. 230, 232. Die durch die LKartÄ bearbeiteten Missbrauchsfälle sind in ihrer enormen Anzahl (466) vor allem auf Verfahren im Energiebereich zurückzuführen und wurden daher nicht berücksichtigt.

⁵⁹ Meeßen, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht : Konturen eines Europäischen Kartelldeliktsrechts?, S. 2; Weidenbach/Saller, BB 2008, 1020, 1021. Meeßen spricht unter Bezugnahme auf interne Erhebungen des BKartA von 106 Schadensersatzklagen; Weidenbach/Saller sprechen mit Verweis auf eine informelle Mitteilung des BKartA von ca. 100 kartellrechtlichen Schadensersatzklagen.

⁶⁰ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2007/2008, BT-Drs. 16/13500, S. 230, 232.

⁶¹ Meeßen, S. 2; Weidenbach/Saller, BB 2008, 1020, 1021. Meeßen spricht unter Bezugnahme auf interne Erhebungen des BKartA von 123 Schadensersatzklagen; Weidenbach/Saller sprechen mit Verweis auf eine informelle Mitteilung des BKartA von ca. 120 kartellrechtlichen Schadensersatzklagen.

chen Schadensersatzklagen nach sich zöge.“⁶² Damit ist natürlich nicht gesagt, dass heutzutage *allen* Bußgeldentscheidungen Schadensersatzklagen folgen. Trotzdem erweckt diese Aussage den Eindruck, in Deutschland gebe es hinsichtlich privater Schadensersatzklagen keine Probleme und Schäden würden hinreichend kompensiert. Ist das tatsächlich so?

Zwar ist die private Durchsetzung des Kartellrechts mittels Schadenersatzklagen seit Jahren ein klares Ziel der Wettbewerbspolitik der Europäischen Kommission.⁶³ In seiner jüngsten Rede (2013) zum Thema privater Schadensersatzklagen in Kartellsachen zeichnet EU-Wettbewerbskommissar *Almunia* von der Realität jedoch ein anderes Bild: „(...) the EU right to compensation is well-established in point of law, but the reality on the ground tells a different story. Only 25% of Commission's decisions finding a cartel or other antitrust infringement over the period 2008-2012 were followed by damages actions.“⁶⁴ Tatsächlich folgen also nur auf ein Viertel der behördlichen Verfahren Schadensersatzklagen. Generalanwalt *Mazák* rät auf Grund des begrenzten Stellenwerts privater Schadensersatzklagen sogar davon ab, überhaupt den Begriff „private Durchsetzung“ zu verwenden.⁶⁵

Allerdings ist die Lage in der EU differenziert zu betrachten. Schon der für die Erarbeitung des Grünbuchs erstellte Ashurst-Report stellte fest, dass das System für Schadenersatzklagen wegen Verletzung des Wettbewerbsrechts völlig unterentwickelt sei.⁶⁶ Dies bekräftigt zwar *Almunia*, räumt aber auch ein, dass fast alle der wenigen Privatklagen, die auf Kommissionsentscheidungen folgten, sich im Vereinigten Königreich,⁶⁷ Deutschland und den Niederlanden konzentrierten.⁶⁸

Offenbar kann sich Deutschland also zu Recht bei „der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, die auch Schadenersatzansprüche umfasst, seit den Änderungen durch die 7. GWB-Novelle im Jahr 2005 eine Vorreiterrolle in Europa“⁶⁹ auf die Fahnen schreiben. Schließlich belegten dies „die seitdem stetig steigenden Fallzahlen und einige Vor-

⁶² Bundeskartellamt, Erfolgreiche Kartellverfolgung, S. 27.

⁶³ Seitz, GRUR-RR 2012, 137, 139.

⁶⁴ *Almunia*, Antitrust damages in EU law and policy, Rede vom 7. November 2013, S. 2.

⁶⁵ Schlussanträge des Generalanwalts *Mazák* in der Rs. C-360/09 – Pfeiderer, Rn. 40.

⁶⁶ *Ashurst*, Comparative Report, S. 2.

⁶⁷ In der Zeit vor 2008 wurde aber auch für das Vereinigte Königreich ein düsteres Bild gezeichnet: Lediglich 5 von 45 Unternehmen, die sich für kartellgeschädigt hielten, klagten auf Schadensersatz, siehe *Office of Fair Trading*, The deterrent effect of competition enforcement by the OFT, S. 79, Rn. 5.96.

⁶⁸ *Almunia*, Antitrust damages in EU law and policy, Rede vom 7. November 2013, S. 2.

⁶⁹ Bundesregierung, Antwort auf Kleine Anfrage, BT-Drs. 17/9022, S. 5f.

schläge der Europäischen Kommission in ihrem Grün- und Weißbuch ‚Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG- Wettbewerbsrechts‘, die dem deutschen Rechtsrahmen entlehnt sind.“⁷⁰

Bei derartigen Heilsverkündungen ist jedoch Vorsicht geboten. Deutschland nimmt zwar eine Vorreiterrolle in der privaten Kartellrechtsdurchsetzung ein. Dies ist zurückzuführen auf die Tradition, Verstöße, die auf einem Missbrauch von Marktmacht beruhen, vor den Zivilgerichten zu verfolgen.⁷¹ Aber Schadensersatzklagen sind nur ein Teil privater Kartellrechtsdurchsetzung! Es ist hier klar zu unterscheiden zwischen der in ihrer Gesamtheit positiv zu bewertenden Kartellrechtsdurchsetzung und ihrem nach wie vor defizitären Teilaspekt, der Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen. Dies wird auch bei der Lektüre der Tätigkeitsberichte deutlich. In ihrer Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht 2009/2010 des Bundeskartellamts begrüßt die Bundesregierung, „dass sich die Anzahl privater Kartellrechtsklagen im Berichtszeitraum in Deutschland weiterhin auf einem hohen Niveau bewegt hat“, gibt jedoch zu: „Vielfach sind diese Klagen auf unmittelbare Marktwirkungen gerichtet (etwa Unterlassung oder Belieferung), seltener auf die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen.“⁷² Im Bericht selbst schreibt das Bundeskartellamt: „Im Berichtszeitraum erlangte das Bundeskartellamt von 556 Kartellzivilsachen Kenntnis. (...)Der Schwerpunkt der privaten Kartellrechtsdurchsetzung liegt dabei weiterhin auf eigenständigen Verfahren (sog. „stand alone actions“), die sich nicht darauf beschränken, im Nachgang zu Behördenverfahren Schadensersatzforderungen geltend zu machen (sog. „follow-on actions“). Ein Schwerpunkt der eigenständigen Verfahren liegt dabei auf Fällen aus dem Bereich der Liefer- und Geschäftsverweigerung, eine Vielzahl dieser Verfahren betrifft auch Vertragsverhältnisse unter dem Aspekt der Wirksamkeit von Verträgen oder ihrer Beendigung. Follow-on-Klagen im Bereich von Hardcore-

⁷⁰ Bundesregierung, Antwort auf Kleine Anfrage, S. 5f.

⁷¹ Bornkamm, GRUR 2010, 501, 501. Bornkamm erläutert: „Verstöße, die auf einem Missbrauch von Marktmacht beruhen (§§ 19, 20 GWB), werden wesentlich häufiger von den Geschädigten mit Unterlassungs- und Schadensersatzklagen vor den Zivilgerichten als von Kartellbehörden in einem Verwaltungs- oder Bußgeldverfahren verfolgt. Zivilprozesse, in denen das Opfer eines Kartells (§ 1 GWB) den Ersatz seines Schadens verlangt, sind indessen selten.“

⁷² Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2009/2010, S. XII, Rn. 59.

Kartellen spielten nach den Beobachtungen des Bundeskartellamtes im Berichtszeitraum eine wachsende Rolle.“⁷³

Das follow-on Klagen eine wachsende Rolle spielten ist begrüßenswert, bedeutet aber auch, dass ihr Potential noch nicht ausgeschöpft wurde. Die meisten privaten Kartellrechtsverfahren beziehen sich weiterhin nicht auf Schadensersatzforderungen.⁷⁴

Der jüngste Tätigkeitsbericht 2011/2012 zeichnet ein ganz ähnliches Bild:

„Im Berichtszeitraum erreichten 311 neue Kartellzivilsachen das Bundeskartellamt. Als Kartellzivilsachen werden dabei diejenigen Fälle eingestuft, in denen sich die Parteien offensiv oder defensiv, allein oder u. a. auf kartellrechtliche Gesichtspunkte berufen, um ihr prozessuales Ziel zu erreichen. (...) Der Schwerpunkt der eigenständigen Verfahren liegt dabei nach wie vor auf Fällen aus dem Bereich der Liefer- und Geschäftsverweigerung und auf Verfahren zur Geltendmachung vertraglicher Ansprüche unter dem Aspekt der Wirksamkeit von Verträgen oder ihrer Beendigung. Nach den Beobachtungen des Bundeskartellamtes nahm jedoch die Bedeutung von Follow-on-Klagen im Bereich von Hardcore-Kartellen wie schon im letzten Berichtszeitraum auch in diesem Berichtszeitraum weiter zu.“⁷⁵

Auch hier zeigt sich, dass das Potential sog. follow-on-Klagen im Bereich von Hardcore-Kartellen noch nicht ausgeschöpft wurde.

Des weiteren ist zu bedenken:

- Schäden entstehen nicht nur in Folge von Hardcore-Kartellen, sondern bei fast allen Verstößen gegen das Kartellverbot und das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.
- Entstandene Schäden können nicht nur im Anschluss an eine Bußgeldentscheidung geltend gemacht werden, sondern auch ohne diese oder vor Erlass derselben.
- Schäden entstehen nicht nur bei großen Unternehmen. Ein Kartell hinterlässt meist auf mehreren Marktstufen Geschädigte. Derzeit gibt es aber beispielsweise kaum Klagen von Endverbrauchern. Fast alle auf Kommissionsentschei-

⁷³ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2009/2010, S. 49.

⁷⁴ Vogel, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 8.

⁷⁵ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2011/2012, S. 42.

dungen folgenden Schadensersatzklagen wurden von großen Unternehmen erhoben.⁷⁶ Hauptsächlich Erstabnehmer setzen sich gegen Kartelle zur Wehr,⁷⁷ Klagen von „kleinen oder mittleren Unternehmen, Verbrauchern oder indirekten Abnehmern“ sind kaum zu verzeichnen.⁷⁸

Daher ist davon auszugehen, dass derzeit in einem bedeutenden Ausmaß Schäden nicht kompensiert werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass trotz intensiver Verfolgungstätigkeit der europäischen und deutschen Kartellbehörden, weiterhin jährlich immense Schäden für die Volkswirtschaft und die einzelnen Marktteilnehmer durch Kartelle und Marktherrschungsmissbräuche entstehen. Obwohl jedem Geschädigten rechtlich die Möglichkeit gegeben ist, Schadensersatz zu verlangen, werden tatsächlich längst nicht alle Schäden kompensiert. Es stellt sich die Frage nach möglichen Gründen.

2. Mögliche Gründe für die geringe Anzahl kartellrechtlicher Schadensersatzklagen

Zum einen mag es Geschädigte geben, die aus Rücksicht auf bestehende Geschäftsbeziehungen Schadensersatz nicht geltend machen wollen. Eine Rechtsdurchsetzung wird hier offensichtlich nicht angestrebt. Für *Meeßen* stellt die Rücksicht auf fortbestehende Geschäftsbeziehungen einen guten Grund für den Verzicht direkter Abnehmer auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen dar.⁷⁹ In einer Studie für das britische Office of Fair Trading gaben 4 von 25 geschädigten Unternehmen an, um der Beziehung zum Lieferanten willen nicht geklagt zu haben ('biting the hand that feeds').⁸⁰ Vorstellbar ist auch, sich umgehend und ohne großes Aufheben zu vergleichen, ohne den konkreten Schaden zu substantiieren. Die Zahl der Vergleiche ist leider nicht bekannt. Vermutet wird, dass viele Schadensersatzansprüche, insbesondere bei fortbestehender Lieferbeziehung, durch Vergleich außergerichtlich erledigt werden.⁸¹

Zum anderen mag es Geschädigte geben, die – ohne einem Informationsdefizit zu unterliegen - zu lange gezögert haben und deshalb auf Grund der Verjährung an der Rechtsdurchsetzung gehindert sind. Laut § 33 Abs. 5 GWB wird die Verjährung zwar

⁷⁶ *Almunia*, Antitrust damages in EU law and policy, Rede vom 7. November 2013, S. 2.

⁷⁷ *Meeßen*, S. 264.

⁷⁸ *Mederer*, EuZW 2013, 847, 848.

⁷⁹ *Meeßen*, S. 263; ebenso *Vogel*, S. 134f.

⁸⁰ *Office of Fair Trading*, The deterrent effect of competition enforcement by the OFT, S. 78, Rn. 5.90.

⁸¹ *Weitbrecht*, NJW 2012, 881, 884.

gehemmt, wenn ein behördliches Verfahren eingeleitet wird. Ansonsten verjährt gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB der Schadensersatzanspruch nach drei Jahren ab Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis des Geschädigten von den anspruchsbegründenden Umständen.⁸² Darüber hinaus gilt die kenntnisunabhängige Höchstfrist von zehn Jahren ab Entstehung des Anspruchs, § 199 Abs. 4 BGB.

Ferner werden die Unzulänglichkeiten des internationalen Zivilverfahrens- und Privatrechts beklagt. Insbesondere die Brüssel I Verordnung werde den Besonderheiten des EU-Kartellrechts nicht gerecht.⁸³ Auch dies könnte ein Grund für das Durchsetzungsdefizit sein.

Des weiteren erscheint eine Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs auf Grund seiner geringen Höhe oft nicht lohnenswert, wenn vorzuschießende Anwalts- und Gerichtskosten den zu erwartenden Schadensersatz übertreffen oder der Schaden so gering ist, dass sich kaum jemand bemüßigt fühlt, überhaupt in irgendeiner Weise tätig zu werden (sog. rationales Desinteresse). In aller Regel ist das Problem des rationalen Desinteresses im Falle massenhafter Kleinschäden anzutreffen.⁸⁴ Von einem Streuschaden spricht man, wenn „die einzelnen Geschädigten trotz des hohen Gesamtschadens je für sich keinen genügenden Anreiz [haben], ihren Individualschaden zu liquidieren – da dies in keinem Verhältnis zu den Kosten und Risiken eines etwaigen Prozesses stehen würde (...).“⁸⁵ *Wagner* erklärt beispielhaft: „Wie in der englischen Literatur treffend bemerkt worden ist, erscheint es völlig unrealistisch zu glauben, „even the most hardened drinkers“ unter den durch einen wettbewerbswidrigen Bierlieferungsvertrag benachteiligten Kneipenbesuchern würden ernsthaft erwägen, wegen der von ihnen gezahlten erhöhten Bierpreise die Brauerei zu verklagen.“⁸⁶ *Meeßen* greift das mit dem Streuschaden verbundene Problem der Kausalität auf, welches etwa hervortrete, wenn man „im Fall des Vitaminkartells die Vertriebskette über Futtermittelhersteller, Rinderzüchter, Schlachter, Großhändler, Restaurant bis zum Restaurantgast fortschreibt, auf dessen Seite der für ein Steak entrichtete Preis den Kartellaufpreis allenfalls zu einem Bruchteil reflektiert. Hier wird deutlich, dass potenti-

⁸² Zum Verjährungsbeginn vgl. KG Urteil vom 1.10.2009, 2 U 17/03 = KG NJOZ 2010, 536, 537f.

⁸³ *Becker/Kammin*, EuZW 2011, 503, 509.

⁸⁴ *Alexander*, WRP 2009, 683, 690.

⁸⁵ *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 664.

⁸⁶ Mit Verweis auf *Jones/Sufrin*, EC Competition Law, 2. Aufl. 2004, S. 1226f *Wagner*, AcP 2006, 352, 408.

ell Geschädigte auf weiteren Marktstufen in aller Regel ein deutlich geringeres finanzielles Interesse an der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen haben werden als Erstabnehmer und im Übrigen wesentlich höhere Schwierigkeiten beim Kausalitätsnachweis gegenüberstehen.“⁸⁷

Im Falle massenhafter Streuschäden könnten Formen der kollektiven Rechtsdurchsetzung Abhilfe schaffen.⁸⁸ Sammel- oder Verbandsklagen, „class actions“ nach dem opt-in oder opt-out Modell und andere prozessuale Instrumente können dazu beitragen, Opfern von Streuschäden zum Ausgleich zu verhelfen. Inwieweit derartige Instrumente schon bestehen, ihre Einführung zulässig oder gar geboten ist und welche Vorgehensweisen die EU in jenem Feld vorschlägt, wurde schon an anderer Stelle eingehend untersucht.⁸⁹ Diese Fragen sind deshalb nur am Rande Gegenstand der vorliegenden Arbeit.⁹⁰

Schließlich sind noch fünf weitere Gründe dafür denkbar, dass Schadensersatzansprüche nicht immer geltend gemacht werden. Ihre Gemeinsamkeit liegt darin, dass Informationslücken bestehen:

1. Der Geschädigte weiß überhaupt nicht, dass er einen Schaden erlitten hat. Er hat keine Kenntnis vom Kartell an sich oder weiß nicht, dass eine Kartellabsprache Auswirkungen auf die von ihm gekauften Produkte hatte.⁹¹
2. Der Geschädigte weiß von oder vermutet einen Schaden, ist sich aber nicht eines Schadensersatzanspruchs gewahr.

⁸⁷ Meeßen, S. 263.

⁸⁸ Wagner, Schadensersatz bei Kartelldelikten in: Eger, Thomas/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung. Beiträge zum X. Travemünder Symposium zur Ökonomischen Analyse des Rechts (29. März bis 1. April 2006), S. 605, 633.

⁸⁹ Beispielhaft genannt seien Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht : privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb, S. 690; Fiedler, Class Actions zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts. Nutzen und mögliche prozessuale Ausgestaltung von kollektiven Rechtsschutzverfahren im deutschen Recht zur privaten Durchsetzung des europäischen Kartellrechts, S. 48ff; Kruß, Kartellschaden und Verbraucherschutz : rechtliche und faktische Rechtsdurchsetzungshürden für die Kompensation kartellbedingter Streuschäden unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, S. 31ff; Saam, Kollektive Rechtsbehelfe zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen im europäischen Wettbewerbs- und Verbraucherrecht. Eine systematische Untersuchung der aktuellen Vorhaben der EU-Kommission und ihrer möglichen Kompetenzgrundlagen, S. 159ff; Sauerland, Die Harmonisierung des kollektiven Verbraucherrechtsschutzes in der EU. Eine Analyse bezüglich der Kompetenz der Europäischen Union zur Schaffung von einheitlichen auf Leistung gerichteten Kollektivklagemechanismen, S. 32ff; Scholl, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Private Enforcement im Kartellrecht, S. 245ff.

⁹⁰ Siehe unten § 4 I 2 g).

⁹¹ Haucap/Stühmeier, WuW 2008, 413, 422.

3. Der Geschädigte vermutet zwar einen Schaden, kann aber auf Grund fehlender Information nicht überprüfen, ob ihm tatsächlich ein Schaden entstanden ist.
4. Der Geschädigte weiß, dass er einen Schaden erlitten hat, kann aber auf Grund fehlender Information nicht nachweisen, dass der Kartellverstoß für diesen kausal ist.
5. Der Geschädigte kann den kausalen Schaden auf Grund fehlender Information nicht beziffern.

In den ersten beiden Fällen fehlt es also an der Kenntnis einer Schadensersatzberechtigung. Die Kenntnis vom Verstoß und einer entsprechenden Verfügung einer Kartellbehörde ist nämlich überhaupt die allererste Voraussetzung für eine Rechtsverfolgung und bildet „die erste Hürde für Privatklässer im follow-on Verfahren.“⁹² Viele Verbraucher wissen gar nicht, dass sie benachteiligt worden sind.⁹³ Es ist nicht geregelt, wie potentielle Kläger Kenntnis von Entscheidungen des Bundeskartellamts erlangen können,⁹⁴ um dann die Beweiserleichterung nach § 33 Abs. 4 GWB für sich zu nutzen. Ein Zugangsrecht lasse sich aber nur sinnvoll ausüben, wenn „der Kläger eine gewisse Kenntnis über das Verfahren als solches und den Erlass einer Entscheidung bereits hat.“⁹⁵

In den verbleibenden drei Fällen geht es um die Substantiierung des Anspruchs. Zur Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs nach § 33 Abs. 3 Satz 1 GWB muss der Anspruchsteller neben dem Verstoß gegen das Kartellrecht einen kausalen Schaden darlegen und ggf. beweisen sowie die Höhe des Schadens beziffern. Ist ihm dies nicht möglich, kann er seinen Schadensersatzanspruch nicht durchsetzen. Die Europäische Kommission geht davon aus, dass viele Geschädigte eine Verfolgung ihres Schadensersatzanspruchs überhaupt erst gar nicht versuchen, weil sie Beweisprobleme fürchten.⁹⁶

Als Gründe für das Durchsetzungsdefizit kommen also die Sorge um gefestigte Geschäftsbeziehungen, zu langes Warten und Unzulänglichkeiten des internationalen

⁹² Dreher, ZWeR 2008, 325, 326, 342.

⁹³ Vogel, S. 131.

⁹⁴ Dreher, ZWeR 2008, 325, 326.

⁹⁵ Dreher, ZWeR 2008, 325, 336.

⁹⁶ Europäische Kommission, Arbeitspapier Weißbuch, SEC(2008) 404, Rn. 90.

Privatrechts in Betracht. Mit Blick auf die ersten beiden kann kaum von einem Defizit gesprochen werden, denn eine Rechtsdurchsetzung wird nicht angestrebt. Das internationale Privatrecht wird allein im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr relevant. Weiter tragen rationales Desinteresse und Streuschäden zur geringen privaten Kartellrechtsdurchsetzung bei. Diese Probleme betreffen hauptsächlich Verbraucher und werden deshalb in § 4 I näher behandelt. Im Folgenden soll das alle potentiellen Anspruchsteller betreffende Hauptproblem der Informationsasymmetrie/-defizite eingehend betrachtet werden.

3. (Lösbares) Hauptproblem: Informationsasymmetrie

Dem zuletzt angesprochenen möglichen Grund für die defizitäre Kartellrechtsdurchsetzung durch Private soll nun volle Aufmerksamkeit geschenkt werden. Zwischen Schädiger und Geschädigten besteht regelmäßig ein starkes Informationsgefälle. Der Schädiger verfügt über weit mehr Informationen hinsichtlich der Umstände, die einen Schadensersatzanspruch begründen, als der Geschädigte (Informationsasymmetrie). Im Vergleich zum Schädiger leidet der Geschädigte also unter einem Informationsdefizit. Das Informationsdefizit, mit dem sich Geschädigte konfrontiert sehen, könnte zu einem großen Teil dafür verantwortlich sein, dass bestehende Schadensersatzansprüche nicht durchgesetzt werden. Es wäre aber ein Problem, das sich lösen lässt. Ausgeglichen werden kann dieses Defizit z.B. mit Hilfe von öffentlich verfügbaren Informationen oder den Beweismitteln, die sich in der Hand der Schädiger befinden.⁹⁷ Das Informationsbedürfnis könnte aber auch durch Einsicht in die Akten der Kartellbehörden (Europäische Kommission, Bundeskartellamt, Landeskartellämter) gestillt werden.

Bevor geklärt werden kann, wie das Problem der Informationsasymmetrie gelöst werden kann, muss zunächst feststehen, ob es tatsächlich eines ist. Sind Informationslücken auf Seiten der Geschädigten zumindest auch dafür verantwortlich, dass Schadensersatzansprüche nicht durchgesetzt werden? Während für Europa im Allgemeinen anerkannt ist, dass eine Informationsasymmetrie zu Lasten der Geschädigten besteht und diese auch mitverantwortlich für die Nichtdurchsetzung von Schadenser-

⁹⁷ *Almunia*, Antitrust damages in EU law and policy, Rede vom 7. November 2013, S. 3. Almunia trug vor: „One important reason for this state of affairs is that victims do not have access to essential evidence, which is usually in the hands of the companies that have broken the law.“

satzansprüchen ist, wird dies für Deutschland im Besonderen nicht derart klar vertreten.

Die Gesamtlage in Europa wird vom Ashurst-Report nicht beschönigt: „Several national reporters identified the difficulty of obtaining evidence as one of the major obstacles to damages actions due to the limited scope for ordering disclosure of documents that exists in most Member States.“⁹⁸ Im Arbeitspapier der Kommission zum Weißbuch wird dieses Problem wieder aufgegriffen und bekräftigt: „(...) it is widely acknowledged, (...) that the difficulty for a claimant of obtaining all the evidence necessary to demonstrate his case for antitrust damages constitutes one of the major obstacles to antitrust damages actions.“⁹⁹ Dass es für die Kläger schwierig, wenn nicht unmöglich sei, erfolgreich ihren Schadensersatzanspruch durchzusetzen liege u.a. an der Informationsasymmetrie, also dem Problem, dass benötigte Informationen und Beweismittel sich in der Sphäre des Beklagten oder Dritter befänden.¹⁰⁰

Nach Ansicht der Kommission scheitern Geschädigte also oft auf Grund des Informationsdefizits. Sie werden darüber hinaus aber auch schon im Vorfeld entmutigt: „Indeed, the absence of rules addressing the specific information asymmetry of competition cases often leads to great difficulties for victims to win their antitrust damages cases. As a result, many claimants are discouraged from even trying to bring a meritorious action.“¹⁰¹

Auch die deutsche Literatur stellt Europa insgesamt kein gutes Zeugnis aus. *Lampert/Weidenbach* schreiben: „Ein wesentlicher Grund für die annähernde Nichtexistenz von Schadensersatzklagen gegen Kartelle in Europa liegt in der bestehenden Informationsasymmetrie zwischen den potenziellen Klägern und den Kartellanten, die es den Kunden des Kartells schwer fallen lässt, ihren Anspruch zu substantiieren.“¹⁰² Auch *Roth* und *Hempel* halten den Umstand, dass Geschädigte erhebliche Probleme haben, Informationen zur Anspruchsbegründung zu erlangen, für einen wesentlichen

⁹⁸ Ashurst, Comparative Report, 11.

⁹⁹ Europäische Kommission, Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 67.

¹⁰⁰ Europäische Kommission, Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 87.

¹⁰¹ Europäische Kommission, Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 90.

¹⁰² Lampert/Weidenbach, WRP 2007, 152, 152.

Grund dafür, dass die private Kartellrechtsdurchsetzung mittels Schadensersatzklagen immer noch keine Erfolgsgeschichte ist.¹⁰³

Was einzelne Mitgliedstaaten angeht, ergibt sich folgendes Meinungsbild:

Für das Vereinigte Königreich hat eine Studie ergeben, dass Informationslücken zu den Hauptursachen bei der Nichtdurchsetzung von Schadensersatzansprüchen gehören. Von 45 Unternehmen, die sich für kartellgeschädigt hielten, verzichteten 9 auf eine Klage und nannten hierfür als Grund fehlende Beweise oder die Schwierigkeit, die hohen Beweisanforderungen zu erfüllen.¹⁰⁴

Ungern wird jedoch zugegeben, dass in Deutschland ähnliche Probleme bestehen. Das Bundeskartellamt behauptet, dass es in Deutschland ein „funktionierendes System ziviler Schadensersatzklagen“ gebe, welches über die Jahre immer effektiver wurde.¹⁰⁵

Das Bundeswirtschaftsministerium (BMWi) schreibt in seiner Stellungnahme zum Grünbuch, dass mit den Änderungen durch die 7. GWB-Novelle alles Erforderliche und Angemessene für eine wirksame Durchsetzung von privaten Schadenersatzansprüchen getan worden sei, sodass kein weitergehender Handlungsbedarf bestehe.¹⁰⁶

Damit verleugnen Bundeskartellamt und BMWi jegliche Probleme, auch das der Informationslücken. Warum sollte es Geschädigten in Deutschland aber leichter fallen als in anderen Mitgliedstaaten, alle benötigten Informationen zusammenzutragen? Immerhin gibt es keine vorprozessualen Offenlegungspflichten (engl. pre-trial disclosure) wie etwa im englischen Recht und auch Behördenakten werden nicht in vollem Umfang zur Verfügung gestellt. Allerdings gibt es in Deutschland (im Vergleich zu den europäischen Nachbarn viele)¹⁰⁷ Beweiserleichterungen. So ist z.B. § 33 Abs. 4 GWB eine Beweiserleichterung i.S.v. § 286 Abs. 2 ZPO.¹⁰⁸ Ist nicht aber die Schaffung derselben ein Anerkenntnis von Beweisschwierigkeiten im Kartellzivilrecht?¹⁰⁹ Die in § 2

¹⁰³ Roth, WRP 2013, 257, 264; Hempel, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht. Eine rechtsvergleichende Analyse, S. 84, 150ff.

¹⁰⁴ Office of Fair Trading, The deterrent effect of competition enforcement by the OFT, S. 102.

¹⁰⁵ Bundeskartellamt, Erfolgreiche Kartellverfolgung, S. 26.

¹⁰⁶ Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie/Bundeskartellamt, Stellungnahme zum Grünbuch, S. 1.

¹⁰⁷ Ashurst, Comparative Report, S. 123.

¹⁰⁸ Dreher, ZWeR 2008, 325, 325ff.

¹⁰⁹ Selbstverständlich soll dies nicht als Beweis für bestehende Informationslücken dienen. Dank der genannten Regelungen ist für jene Tatsachen ja gerade der volle Beweis nicht mehr zu erbringen. Es geht in der vorliegenden Arbeit aber nur um bestehende Informationslücken nach der geltenden Rechtslage. Daher ist die Frage vielmehr als Hinweis zu verstehen, dass das Kartellrecht als Rechtsmaterie insgesamt nicht frei von Beweisproblematiken ist und dies der Gesetzgeber durch Einführung der Vorschriften zur Beweiserleichterung und Beweislastumkehr auch anerkannt hat. Dass es noch Beweisprobleme hinsichtlich anderer Tatsachen gibt, ist nicht ausgeschlossen.

I 1 erwähnte Vorreiterrolle Deutschlands in Europa¹¹⁰ lässt sich jedenfalls auch anders erklären: Zum einen ist, wie bereits erwähnt, scharf zwischen der Lage der privaten Kartellrechtsdurchsetzung im Allgemeinen und den Schadensersatzklagen im Besonderen zu unterscheiden.¹¹¹ Zum anderen ließe sich eine Führung bei der Anzahl privater Schadensersatzklagen auch darauf zurückführen, dass Deutschland das größte und wirtschaftsstärkste Mitglied der Union ist. Oder: Die hohe Fallzahl kann auch Ausdruck dessen sein, dass in Deutschland häufig kartelliert wird und daher auch besonders viele Schäden entstehen.

Abseits der offiziellen Äußerungen von BMWi und Bundeskartellamt gibt es Stimmen in der Literatur, die von einer Informationslücke bei deutschen Klägern ausgehen. So sieht *Dreher* potentielle Kläger der großen Schwierigkeit ausgesetzt, ihre Klage hinreichend zu fundieren und mit dem Risiko konfrontiert, den Beweisanforderungen zu genügen, selbst wenn eine behördliche Entscheidung nach § 33 Abs. 4 GWB Bindungswirkung entfaltet.¹¹² *Weidenbach/Saller* schreiben, dass Kartellgeschädigte „oft aufgrund eines Mangels an Beweisen“ Ansprüche nicht geltend machen könnten.¹¹³

Festzuhalten ist also: Es besteht Konsens darüber, dass Kartellgeschädigte in Europa bei der Anspruchsdurchsetzung unter Informationslücken leiden. Dies gilt entgegen anderslautenden offiziellen Beteuerungen auch für Deutschland.

Interessant ist, welche Schlussfolgerungen die Kommentatoren aus der beklagten Informationsasymmetrie zu Lasten Kartellgeschädigter in Europa ziehen.

Vorab sei bemerkt, dass Informationslücken sich nur füllen lassen, wenn überhaupt Beweismittel vorliegen, die zur Klärung geeignet sind. *Lampert/Weidenbach* weisen auf die Möglichkeit hin, dass Kartellmitglieder überhaupt keine Spuren hinterlassen haben.¹¹⁴

¹¹⁰ Siehe oben § 2 I 1 d).

¹¹¹ Siehe oben § 2 I 1 a).

¹¹² *Dreher*, ZWeR 2008, 325, 341.

¹¹³ *Weidenbach/Saller*, BB 2008, 1020, 1023.

¹¹⁴ *Lampert/Weidenbach*, WRP 2007, 152, 152.

Wer, wie das BMWi, davon ausgeht, dass keine Probleme bestehen und die allgemeinen Aktenzugangsregelungen für ausreichend hält, sieht auch keinen Regelungsbedarf.¹¹⁵

Unter denen, die Informationslücken anerkennen, werden verschiedene Lösungen vertreten. Die Europäische Kommission berichtet hiervon in ihrem Arbeitspapier zum Weißbuch.¹¹⁶ Auch die europäische und deutsche Literatur hat sich geäußert: Laut einigen Vertretern sind Beweisschwierigkeiten hinzunehmen, denn schließlich gebe es diese auch in anderen Rechtsgebieten, etwa im Handelsrecht.¹¹⁷ Andere fordern die allgemeine Verbesserung des Beweismittelzugangs für Kartellgeschädigte, sowohl gegenüber dem Schädiger als auch gegenüber Dritten.¹¹⁸ Auch wird die Schaffung kartellrechtlicher Sonderregelungen bezüglich der Akteneinsicht vorgeschlagen.¹¹⁹ Der Richtlinien-Vorschlag der EK (RL-V) sieht in Art. 5 vor, dass mitgliedstaatliche Gerichte auf Antrag des Klägers die Offenlegung von Beweismitteln durch den Beklagten oder einen Dritten anordnen können, und zwar unabhängig davon, ob das betreffende Beweismittel auch in den Akten einer Wettbewerbsbehörde enthalten ist.¹²⁰

Von den vorgeschlagenen Lösungsmöglichkeiten erscheint jedoch nur eine für alle Konstellationen erfolgsversprechend: ein umfangreiches Einsichtsrecht in die Akten der Kartellbehörden. Die Erleichterung des Zugriffs auf Beweismittel in der Hand der Schädiger ist überhaupt erst sinnvoll, wenn die Identität der Schädiger bekannt ist und der Geschädigte ein konkretes Beweismittel zu bezeichnen vermag. Öffentlich verfügbare Informationen reichen offensichtlich nicht zur Begründung des Schadensersatzanspruches aus, denn sonst gäbe es gar kein Informationsdefizit. Abgesehen von knappen Pressemitteilungen werden zu laufenden Verfahren kaum Informationen veröffentlicht. Selbst bestands- oder rechtskräftige Entscheidungen zu Verstößen

¹¹⁵ Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie/Bundeskartellamt, Stellungnahme zum Grünbuch, S. 4.

¹¹⁶ Europäische Kommission, Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 67ff.

¹¹⁷ Europäische Kommission, Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 90; a.A. Mederer, EuZW 2013, 847, 847. Mederer schreibt: „Häufiger als in anderen Rechtsbereichen kommt bei Verletzungen von Wettbewerbsrecht das Problem der Informationsasymmetrie zu Lasten des Klägers zum Tragen.“

¹¹⁸ Europäische Kommission, Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 90; Centre for European Policy Studies/Erasmus University Rotterdam/Luiss Guido Carli, Impact Study, Contract DG COMP/2006/A3/012, S. 345f.

¹¹⁹ Europäische Kommission, Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 69; Dreher, ZWeR 2008, 325, 340ff.

¹²⁰ Europäische Kommission, Richtlinienvorschlag, COM(2013) 404 final, Art. 5.

gegen deutsches oder europäisches Kartellrecht werden nicht lückenlos und im Volltext veröffentlicht. So bezeichnet *Dreher* die Veröffentlichungspraxis des Bundeskartellamtes, der EU-Kommission und der Gerichte als defizitär, verspätet und teilweise intransparent.¹²¹ In ihren nicht veröffentlichten Akten hingegen könnten sich Informationen befinden, die Geschädigte zu identifizieren und deren Schadensersatzansprüche zu begründen helfen. Die Informationsasymmetrie ausgleichen kann somit ein umfassendes Recht auf Einsicht in die Akten der Kartellbehörden.

Einsicht in die Akten nimmt in aller Regel ein Rechtsanwalt. Die vorliegende Arbeit unterscheidet zwischen den Einsichtsbegehren von konkret beauftragten und nicht mandatierten Rechtsanwälten.

Ein Geschädigter, der weiß oder vermutet, dass er einen Schaden erlitten hat, wird in der Regel - auf Grund der Komplexität der Materie - einen Rechtsanwalt mit der Durchsetzung seines Schadensersatzanspruches betrauen. In einem Schadensersatzprozess muss er sich sogar nach § 78 Abs. 1 S. 1 ZPO durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen, da gemäß § 87 S. 1 GWB für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten in Kartellrechtssachen ausschließlich die Landgerichte zuständig sind. Die Aufgabe des Rechtsanwalts ist es dann zu versuchen, den Anspruch zu substantiieren. Dabei hilft vielleicht, wie oben dargestellt, die Akteneinsicht bei der Kartellbehörde.

Ein Geschädigter, der nichts von seinem Schaden weiß oder sich eines Anspruchs nicht bewusst ist, muss jedoch erst informiert werden. Andernfalls lässt sich die Vorgabe des EuGH, dass „jedermann“, der einen Schaden erlitten hat, diesen auch ersetzt bekommen können soll,¹²² nicht erfüllen. Immerhin macht der EuGH hiervon die volle bzw. praktische Wirksamkeit der EU-Wettbewerbsvorschriften abhängig.¹²³ Keineswegs jedoch informieren die Kartellbehörden die Geschädigten, um sie zu privatrechtlichen Schritten zu motivieren. Dies ist auch gar nicht ihre Aufgabe. Den Kartellbehörden ist der Schutz des Wettbewerbs als ordnungspolitische Aufgabe zugewiesen. Soweit die Behörden handeln ist der Individualschutz nur Reflex der behördli-

¹²¹ *Dreher*, ZWeR 2008, 325, 330; zum Umfang der Öffentlichkeitsarbeit des BKartA siehe *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 451ff.

¹²² C-453/99 – Courage, Rn. 26.

¹²³ C-453/99 – Courage, Rn. 26.

chen Kartellrechtsdurchsetzung. So kommt auch hier der Rechtsanwalt ins Spiel. In diesem Fall handelt er jedoch nicht als Beauftragter, sondern vielmehr unmandatiert, als Organ der Rechtspflege. Nimmt ein Rechtsanwalt Einsicht in die Akten, kann er Geschädigte ausmachen und deren Ansprüche prüfen. In welcher Form es dann berufsrechtlich zulässig ist, die Geschädigten anzusprechen und um Mandatierung zu werben, wäre in der Folge zu klären, denn nach § 43b BRAO ist Rechtsanwälten Werbung untersagt, wenn sie auf die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet ist.¹²⁴ Auf jeden Fall könnte mittels Unterrichtung durch einen Rechtsanwalt das Informationsdefizit bei denen ausgeglichen werden, die von Schaden oder Anspruch überhaupt nichts wissen. Es trüge also auch dazu bei, dass „jedermann“ seinen Schaden ersetzt bekommen kann, wenn ein nicht mandatierte Rechtsanwalt Einsicht in die Akten der Kartellbehörden nehmen kann.

Zur Lösung des Problems der Informationsasymmetrie bieten sich also Akteneinsichtsansprüche gegenüber den Kartellbehörden für Geschädigte und unmandatierte Rechtsanwälte an. Bevor auf rechtliche Fragen hierzu eingegangen wird, muss aber die nicht unumstrittene Frage geklärt werden, ob Einsicht in die Akten der Kartellbehörden auch tatsächlich dem Informationsdefizit abhelfen kann (§ 2 II und III).

II. Akteneinsicht als Mittel zur Beschaffung notwendiger Informationen

In diesem und dem nächsten Kapitel soll der Frage nachgegangen werden, ob Einsichtnahme in die Akten der Kartellbehörden ein probates Mittel zur Beschaffung der zur Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs notwendigen Informationen ist. Zunächst wird der derzeitige Meinungsstand in der Literatur beleuchtet.

In der Praxis versuchen Geschädigte häufig, ihren Schadensersatzanspruch mit Hilfe von Beweismitteln zu substantiieren, die sich in den Akten der Kartellbehörden befinden; besonders Kronzeugenunterlagen sind ein beliebtes Ziel.¹²⁵ Die Zahl der beim Bundeskartellamt gestellten Anträge auf Akteneinsicht hat deutlich zugenommen.¹²⁶ Der Geschädigte erhofft sich durch die Einsicht in die Akten der Kartellbehörde, Informationen zur „Marktsituation, idealerweise Einschätzungen zum Marktpreis und

¹²⁴ Siehe unten § 4 III 2 a).

¹²⁵ *Fiedler/Huttenlauch*, NZKart 2013, 350, 350.

¹²⁶ *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 444.

zum Kartellpreis, Aufschlüsse über die Funktionsweise des Kartells und weiterhin allgemeine Marktinformationen“ zu erhalten.¹²⁷ Ob die Einsicht in die Akten der Europäischen Kommission oder des Bundeskartellamtes erforderlich oder zumindest hilfreich ist, um Informationslücken zu schließen, ist umstritten.

Auf der einen Seite wird dies verneint. Die EU-Kommission argumentiert im Arbeitspapier zum Weißbuch, dass Zugang zu den sich in den Akten der Kartellbehörden befindlichen Beweismitteln gegenüber der von ihr vorgeschlagenen inter-partes Offenlegungspflicht keine gleichrangige Alternative zum Ausgleich der Informationsasymmetrie sei.¹²⁸ Dies liege daran, dass die Behörde im Rahmen ihrer Ermittlungen den Schaden gar nicht beziffert habe und keine Überlegungen zur Schadenskausalität angestellt habe.¹²⁹ Auch *Fiedler/Huttenlauch* schreiben, dass die von den Klägern begehrten Kronzeugen- und Vergleichsausführungen „meist keine Informationen enthalten, die für die Substantiierung eines Schadensersatzanspruchs hilfreich oder erforderlich wären.“¹³⁰ Eine Einsicht in die gesamte Akte sei auch deshalb nicht vonnöten, da „die Einsichtsmöglichkeit in nicht vom Kronzeugenantrag umfasste Asservate, in Bußgeldbescheide (die um geschäftlich sensible Informationen bereinigt wurden) und Protokolle von Vernehmungen im Laufe des Ermittlungsverfahrens (...) im Regelfall ausreichen [sollte], um einen Schadensersatzanspruch zu substantiieren. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Kronzeugenunterlagen für eine solche Substantiierung in der Regel überhaupt nicht hilfreich und keinesfalls erforderlich sind.“¹³¹

Auf der anderen Seite sammeln sich Stimmen, die eine Akteneinsicht für lohnenswert erachten. Diese kommen aus der Literatur, aber auch von der Europäischen Kommission, aus der Wirtschaft, von Mitarbeitern der Kommission und des Bundeskartellamtes und nicht zuletzt vom EuGH.

¹²⁷ *Hempel*, Fischzüge bei der Kommission - Informationsbeschaffung für kartellrechtliche Schadensersatzklagen in: *Bechtold, Stefan/Jickeli, Joachim/Rohe, Mathias* (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb. Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, S. 279.

¹²⁸ *Europäische Kommission*, Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 90.

¹²⁹ *Europäische Kommission*, Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 90; so auch *Völcker*, CMLR 2012, 695, 707.

¹³⁰ *Fiedler/Huttenlauch*, NZKart 2013, 350, 350; so auch *Völcker*, CMLR 2012, 695, 706. Völcker schreibt: "(...) it should be only in very rare cases that obtaining compensation will turn entirely on access to such documents."

¹³¹ *Fiedler/Huttenlauch*, NZKart 2013, 350, 353.

Während *Zöttl/Schlepper* und *Steger* noch vorsichtig formulieren, es mag „vorteilhaft erscheinen, zur Aufbesserung der Beweisposition Einsicht in die Akten der Kartellbehörde zu nehmen,“¹³² und die Kenntnis vom Inhalt „des Kronzeugenantrags könnte einen Schadenersatzkläger (...) grundsätzlich in die komfortable Ausgangslage versetzen, seinen ihm durch das Kartell (vermeintlich) entstandenen Schaden gegenüber den beklagten Kartellanten im Prozess deutlich besser nachweisen zu können“¹³³ kontert *Jüntgen* deutlich die Annahme, Akteneinsicht sei weder erforderlich noch hilfreich, wie folgt: Erklärungen, die Kronzeugen zur Unterstützung der Kartellbehörden bei ihren Ermittlungen abfassen, „können auch für die Geschädigten eines Kartells und deren anwaltlichen Berater bei der Vorbereitung und Durchführung von Schadensersatzklagen, z.B. für die Quantifizierung von Schäden, von großem Interesse sein.“¹³⁴ Auch *Kapp* meint: „In den allermeisten Fällen ist der Geschädigte auf eine umfängliche Einsichtnahme in die Akten des vorhergehenden Bußgeldverfahrens angewiesen.“¹³⁵ In Anbetracht der zurückhaltenden Veröffentlichungspraxis des Bundeskartellamts stuft *Weitbrecht* das Akteneinsichtsrecht als immer wichtiger ein.¹³⁶ Zumal die nichtvertrauliche Fassung der Behördenentscheidung kaum Vorteile für die Substantiierung des Schadensersatzanspruches brächte, so *Lampert/Weidenbach*.¹³⁷

Die wesentlichen Beweise befänden sich in der vertraulichen Fassung und darüber hinaus in der Verfahrensakte, zu welcher der Schadensersatzkläger zwecks Begründung seines Schadensersatzanspruches Zugang benötige.¹³⁸

Der Ashurst-Report gibt zu bedenken, dass viele Beweise dank der besonderen Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden überhaupt erst gewonnen werden können.¹³⁹ *Renda u.a.* räumen ein, dass in Fällen der auf Grund ihrer Auswirkungen auf den Wettbewerb verfolgten Kartelle, die veröffentlichte Behördenentscheidung schon ausreichend Information für die Kartellgeschädigten enthalten kann. In Fällen, in denen die Behörde aber gar keine Entscheidung erlässt oder noch nicht erlassen hat, sei

¹³² *Zöttl/Schlepper*, EuZW 2012, 573, 576.

¹³³ *Steger*, BB 2014, 963, 964.

¹³⁴ *Jüntgen*, WuW 2007, 128, 129.

¹³⁵ *Kapp*, Abschaffung des Private Enforcement bei Hardcore-Kartellen in: *Bechtold, Stefan/Jickeli, Joachim/Rohe, Mathias* (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb. Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, S. 322.

¹³⁶ *Weitbrecht*, NJW 2012, 881, 884.

¹³⁷ *Lampert/Weidenbach*, WRP 2007, 152, 153.

¹³⁸ *Lampert/Weidenbach*, WRP 2007, 152, 152.

¹³⁹ *Ashurst*, Comparative Report, S. 108.

die Einsicht in die Akten der Behörde entscheidend. Hilfreich könnten auch die erhobenen Marktdaten für den Anspruchsnachweis sein.¹⁴⁰

Im Zusammenhang mit dem Schutz von Kronzeugeneinlassungen wird oft wie folgt argumentiert:¹⁴¹ Kartellgeschädigten ist kein Einblick in Kronzeugenanträge zu gewähren, da andernfalls das Kronzeugenprogramm, und mit ihm die Effektivität der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung, gefährdet werde. Hätten die kooperationswilligen Kartellanten nämlich zu befürchten, dass ihre eingereichten Unterlagen für spätere Schadensersatzklagen fruchtbar gemacht werden könnten, würden sie von der Zusammenarbeit mit der Behörde abgeschreckt. In dieser Argumentation versteckt befindet sich der Hinweis, dass Kronzeugenausführungen sehr wohl zur Substantiierung eines Schadensersatzanspruches herangezogen werden können.

Selbst aus Äußerungen der Europäischen Kommission und des Bundeskartellamts lassen sich Argumente gewinnen. Im Grünbuch hieß es noch: „In Fällen, in denen die Kommission oder eine nationale Wettbewerbsbehörde eine Untersuchung durchgeführt hat, dürfte sie über relevante Beweise verfügen, die für einen Kläger bei Folgeklagen wichtig sein könnten. Die Verwendung dieses Materials in nachfolgenden Zivilverfahren könnte hilfreich sein, um die Schadenersatzklage zu untermauern.“¹⁴² Also sprach auch die Kommission dem Akteneinsichtsrecht nicht die Eignung zur Verbesserung der Geschädigtenposition ab. Das Bundeskartellamt berichtet in seinem Tätigkeitsbericht 2011/2012 vom Feuerwehrfahrzeuge-Kartell.¹⁴³ Da die Geschädigten bereits vertraglich „pauschalierte Schadenersatzansprüche für den Fall von Kartellverstößen“¹⁴⁴ vereinbart hatten, konnte der Anspruch auf Schadensersatz allein gestützt auf die Bußgeldbescheide durchgesetzt werden. Weitere Beweismittel wurden nicht benötigt, insbesondere bestand für die Geschädigten „kein Anlass, die Kooperationsbeiträge der Kartellteilnehmer einzusehen.“¹⁴⁵ Zwischen den Zeilen kann man hier jedoch lesen: In Fällen, in denen vertraglich kein pauschalisierter Schadensersatz vereinbart ist und eine Beweisführung schwieriger wird, kann Akteneinsicht durchaus vonnöten sein.

¹⁴⁰ *Centre for European Policy Studies/et al.*, Impact Study, S. 387.

¹⁴¹ Beispielhaft seien genannt *Mäger/Zimmer/Milde*, WuW 2009, 885, 886; *Weitbrecht*, NJW 2012, 881, 884.

¹⁴² *Europäische Kommission*, Grünbuch, KOM(2005) 672 endgültig, S. 5.

¹⁴³ *Bundeskartellamt*, Tätigkeitsbericht 2011/2012, S. 42.

¹⁴⁴ *Bundeskartellamt*, Tätigkeitsbericht 2011/2012, S. 42.

¹⁴⁵ *Bundeskartellamt*, Tätigkeitsbericht 2011/2012, S. 42.

Der Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI), welcher den geplanten Offenlegungspflichten und der Akteneinsicht bei Behörden sehr kritisch gegenübersteht, gibt in seiner Stellungnahme zum Grünbuch zu: „Der Zugang zu Dokumenten, die sich im Besitz einer Wettbewerbsbehörde befinden, trägt dazu bei, wettbewerbsrechtliche Schadenersatzklagen zu erleichtern.“¹⁴⁶

Zwar ist richtig, dass die Wettbewerbsbehörden im Bußgeldverfahren nicht verpflichtet sind, die Auswirkungen des Kartells auf dem Markt zu untersuchen oder sonstige Feststellungen zu den Wirkungen des Kartells zu treffen, da es für die behördliche Verfolgung und die Festsetzung des Bußgeldes nicht nötig ist.¹⁴⁷ Aber die Wettbewerbsbehörden können für den Privatkläger interessante Dokumente sammeln oder die Preisentwicklung untersuchen.¹⁴⁸ *Wils*, derzeit Anhörungsbeauftragter (engl. hearing officer) der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission,¹⁴⁹ erklärt: „Follow-on actions for damages could be further facilitated by allowing the claimants to have access to the public enforcement file. Even if claimants need not prove anymore the existence of the antitrust violation, they may want to look in the public enforcement file for information that could be used for proving the extent of the harm suffered, and the causal link between the violation and the harm. Even if the investigation by the competition authority may not have focused on these issues, the public enforcement file may contain useful information.“¹⁵⁰

Vollmer, derzeit Beisitzender der 11. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts,¹⁵¹ vertritt im Vergleich zu *Fiedler/Huttenlauch* das umgekehrte Regel-Ausnahme-Verhältnis: „Um ihre Klagen substantiieren zu können, sind potentiell Kartellgeschädigte im Regelfall auf die Einsicht in die kartellbehördliche Akte angewiesen.“¹⁵² Auch wenn es schwierig sei, „positiv zu bestimmen, welche Aktenbestandteile bei der Prüfung von Schadenersatzansprüchen weiterhelfen können.“¹⁵³

¹⁴⁶ Bundesverband der Deutschen Industrie, Stellungnahme zum Grünbuch, S. 5; wortgleich Verband der Chemischen Industrie, VCI Stellungnahme Grünbuch, S. 5.

¹⁴⁷ *Hempel*, S. 279.

¹⁴⁸ *Hempel*, S. 279f.

¹⁴⁹ Die Stellung spricht für seine Expertise; der Aufsatz gibt ausschließlich die persönliche Auffassung *Wils'* wieder und ist nicht die offizielle Haltung der Europäischen Kommission.

¹⁵⁰ *Wils*, *World Competition* 2009, 3, 21f.

¹⁵¹ Die Stellung spricht für seine Expertise; der Aufsatz gibt ausschließlich die persönliche Auffassung *Vollmers* wieder und ist nicht die offizielle Haltung des BKartA.

¹⁵² *Vollmer*, *ZWeR* 2012, 442, 443.

¹⁵³ *Vollmer*, *ZWeR* 2012, 442, 451.

Im sog. Donau-Chemie Urteil stellt der EuGH fest, dass die in Rede stehende österreichische Regelung über den Zugang zu Akten der Bundeswettbewerbsbehörde nicht dem Umstand Rechnung trage, „dass dieser Zugang für die Betroffenen die einzige Möglichkeit darstellen könnte, sich die zur Begründung ihrer Schadensersatzklage notwendigen Beweise zu verschaffen.“¹⁵⁴

Es ist also festzuhalten: Es wird teilweise bestritten, dass Informationslücken mit Hilfe von Einsichtnahme in Akten der Kartellbehörden geschlossen werden können. Die gegenteilige Ansicht ist jedoch überzeugender. Hierfür spricht zum einen, dass selbst Verfechter ersterer Auffassung nicht mit absoluter Bestimmtheit für alle Fälle die Möglichkeit ausschließen wollen, dass Akteneinsicht zur Substantiierung des Anspruchs beitragen kann. So spricht die EU-Kommission von einer nicht äquivalenten Alternative,¹⁵⁵ *Fiedler/Huttenlauch* von „meist“, „im Regelfall“ und „in aller Regel.“¹⁵⁶ Dies zeigt dem aufmerksamen Leser, dass selbst Autoren, die einem umfangreichen Akteneinsichtsrecht skeptisch gegenüberstehen, dessen Nützlichkeit oder gar Notwendigkeit nicht auszuschließen vermögen. Zum anderen lässt die oft vorgetragene Sorge um die Kronzeugenausführungen kaum einen anderen Schluss zu: Sofern um Geschäftsgeheimnisse bereinigt, hätte der Kronzeuge von der Einsichtsgewährung nichts zu befürchten, es sei denn, die von ihm eingereichten Dokumente enthalten Informationen zum Nachweis eines Ersatzanspruchs.

III. Notwendige Informationen zur Substantiierung des Schadensersatzanspruchs

Da es keine empirischen Untersuchungen dazu gibt, ob in Deutschland Klagen auf Grund von Informationsmangel scheitern oder gar nicht erst angestrebt werden und lässt der derzeitige Meinungsstand keinen eindeutigen Schluss zu, ob Einsicht in die Akten der Kartellbehörden erforderlich oder wenigstens hilfreich für die Substantiierung ist, soll im Folgenden stärker ins Detail gegangen werden. Mit dem Ziel aufzuzeigen, dass die oben als überzeugendere Ansicht bezeichnete Literaturmeinung auch tatsächlich die richtige ist, wird untersucht, welche Informationen Geschädigte zum Nachweis ihres Schadensersatzanspruches benötigen, und ob sich derlei Informatio-

¹⁵⁴ C-536/11 – Donau Chemie, Rn. 39.

¹⁵⁵ *Europäische Kommission*, Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 90.

¹⁵⁶ *Fiedler/Huttenlauch*, NZKart 2013, 350, 350, 353.

nen auch oder sogar nur in den Akten der Kartellbehörden befinden. Wo sich Unterschiede hinsichtlich benötigter Informationen ergeben, wird zwischen einzelnen Geschädigtengruppen differenziert.

1. Der Schadensersatzanspruch nach § 33 Abs. 3 S. 1 GWB

Gesetzliche Grundlage für den kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch nach deutschem Recht ist § 33 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 GWB:

§ 33 GWB Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht

(1) 1Wer gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes, gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, ist dem Betroffenen zur Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr zur Unterlassung verpflichtet. 2Der Anspruch auf Unterlassung besteht bereits dann, wenn eine Zuwiderhandlung droht. 3Betroffen ist, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist.

(...)

(3) 1Wer einen Verstoß nach Absatz 1 vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. 2Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem übersteuerten Preis bezogen, so ist der Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde. 3Bei der Entscheidung über den Umfang des Schadens nach § 287 der Zivilprozessordnung kann insbesondere der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden. 4Geldschulden nach Satz 1 hat das Unternehmen ab Eintritt des Schadens zu verzinsen. 5Die §§ 288 und 289 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung.

(4) 1Wird wegen eines Verstoßes gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes oder gegen die Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union Schadensersatz gefordert, ist das Gericht an die Feststellung des Verstoßes gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung der Kartellbehörde, der Europäischen Kommission oder der Wettbewerbsbehörde oder des als solche handelnden Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union getroffen wurde. 2Das Gleiche gilt für entsprechende Feststellungen in rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen, die infolge der Anfechtung von Entscheidungen nach Satz 1 ergangen sind. 3Entsprechend Artikel 16 Absatz 1 Satz 4 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 gilt diese Verpflichtung unbeschadet der Rechte und Pflichten nach Artikel 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

(5) 1Die Verjährung eines Schadensersatzanspruchs nach Absatz 3 wird gehemmt, wenn ein Verfahren eingeleitet wird

1. von der Kartellbehörde wegen eines Verstoßes im Sinne des Absatzes 1 oder
 2. von der Europäischen Kommission oder der Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union wegen eines Verstoßes gegen die Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union.
- 2§ 204 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt entsprechend.

§ 33 GWB regelt abschließend den deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruch für von Kartellverstößen Betroffene.¹⁵⁷ Die Norm ist *lex specialis* zu § 823 Abs. 2 BGB und § 823 Abs. 1 BGB (eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb).¹⁵⁸ Vertragliche oder vorvertragliche Ansprüche sowie ein Anspruch nach § 826 BGB sind durch § 33 GWB nicht ausgeschlossen.¹⁵⁹

2. Notwendige Informationen

Die Anspruchsvoraussetzungen von § 33 Abs. 3 S. 1 GWB waren und sind Gegenstand tiefgreifender Untersuchungen und Debatten.¹⁶⁰ Hier wird auf die Tatbestandsmerkmale nur dahingehend eingegangen, welche Informationen zu ihrem Nachweis erforderlich sind.¹⁶¹ Aus dem Normtext lässt sich folgendes Prüfungsschema ableiten:

- a) Verstoß
- b) Anspruchsteller betroffen
- c) Kausaler Schaden
- d) Rechtswidrigkeit (indiziert)
- e) Verschulden

a) Verstoß

Der Anspruchsteller (der Aktivlegitimierte) muss darlegen und ggf. beweisen, dass der Anspruchsgegner (der Passivlegitimierte) gegen eine Vorschrift des GWB (materiell-rechtliche Verbote der §§ 1, 19-21, 29; nicht jedoch Verstöße gegen bloße Ord-

¹⁵⁷ *Bechtold/Bosch*, Kartellgesetz. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 1 - 96, 130, 131). Kommentar, 7. Aufl., § 33, Rn. 40.

¹⁵⁸ Rehbinden in: *Loewenheim/Ablasser-Neuhuber* (Hrsg.), Kartellrecht. Kommentar, 2. Aufl., § 33 GWB, Rn. 56; Bornkamm in: *Bahr/Langen/Bunte* (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 11. Aufl., § 33, Rn. 148.

¹⁵⁹ Rehbinden in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff* Kartellrecht, § 33 GWB, Rn. 56; Bornkamm in: *Langen/Bunte* Kartellrecht Bd. 1, § 33, Rn. 148.

¹⁶⁰ Besonders ausführlich *Meeßen*, S. 107ff.

¹⁶¹ Ausführlich zur Beweislastverteilung, den Schwierigkeiten der Beweisführung und den Beweiserleichterungen im deutschen und europäischen Kartellrecht *Papadelli*, Beweislastverteilung bei der privaten Durchsetzung des Kartellrechts. Eine rechtsvergleichende Studie, S. 126ff, 346ff.

nungsvorschriften oder Formalverstöße)¹⁶², gegen Artikel 101 oder 102 AEUV oder eine Verfügung der Kartellbehörde (BKartA oder LKartA, nicht aber EU-Kommission)¹⁶³ verstoßen hat. Verstöße gegen Verfügungen der Kartellbehörde spielten und spielen kaum eine Rolle für private Schadensersatzklagen.¹⁶⁴ Der Nachweis des Verstoßes ist eines der größten Probleme des Geschädigten.¹⁶⁵ Hat die Kartellbehörde, die Europäische Kommission oder die Wettbewerbsbehörde bzw. das als solche handelnde Gericht in einem anderen Mitgliedstaat in bestandskräftiger Entscheidung einen Verstoß gegen eine Vorschrift des GWB oder gegen Artt. 101 oder 102 AEUV festgestellt, so ist das Zivilgericht im Schadensersatzprozess an diese Feststellungen gebunden, § 33 Abs. 4 Satz 1 GWB.¹⁶⁶ Geht man davon aus, dass nach Art. 16 VO Nr. 1/2003 (EG) auch Tatsachen von der Bindungswirkung umfasst sind, wirkt § 33 Abs. 4 bezüglich der Feststellung eines Verstoßes in einer Kommissionsentscheidung nur deklaratorisch.¹⁶⁷ Es könne dahinstehen, inwieweit schon durch Art. 16 VO 1/2003 (EG) eine Kommissionsentscheidung Bindungswirkung entfaltet, da die Feststellungswirkung jedenfalls durch § 33 Abs. 4 Satz 1 GWB angeordnet wird.¹⁶⁸ Hinsichtlich der Feststellung eines Verstoßes mag man sich damit begnügen. Allerdings ist zu bedenken, dass sich die Bindungswirkung gemäß Art. 16 VO Nr. 1/2003 (EG) nicht zwingend auf die Feststellung eines Verstoßes beschränkt. Trifft die Kommission auch Feststellungen zu Umfang und Folgen des Verstoßes, sind auch diese – über die Wirkung von § 33 Abs. 4 GWB hinaus – bindend.¹⁶⁹ Soweit eine Kommissionsentscheidung hierzu Aussagen trifft, kann ein Schadensersatzkläger auch bei anderen Tatbestandsmerkmalen auf die Bindungswirkung nach Art. 16 VO Nr. 1/2003 (EG) bauen. Hinsichtlich des Nachweises des Verstoßes ergibt sich ein Gleichlauf von Art. 16 VO Nr. 1/2003 (EG) und Art. 33 Abs. 4 GWB. Zu unterscheiden sind zwei Situationen:

¹⁶² Staebe in: *Schulte/Just* (Hrsg.), *Kartellrecht. GWB, Kartellvergaberecht, EU-Kartellrecht. Kommentar*, 1. Aufl., § 33 GWB, Rn. 23; *Bechtold/Bosch*, § 33, Rn. 7.

¹⁶³ Zu den Details siehe *Bechtold/Bosch*, § 33, Rn. 8.

¹⁶⁴ Zu den Gründen Bornkamm in: *Langen/Bunte Kartellrecht* Bd. 1, § 33, Rn. 69ff.

¹⁶⁵ *Westhoff*, *Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht: eine rechtsvergleichende Untersuchung*, S. 84; *Berrisch/Burianski*, *WuW* 2005, 878, 881.

¹⁶⁶ Ausführlich zur Bindungswirkung *Meeßen*, S. 131ff.

¹⁶⁷ *Meeßen*, S. 133.

¹⁶⁸ Ausführlich zur Bindungswirkung von Art. 16 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1/2003 siehe *Westhoff*, S. 104ff; *Wesselburg*, *Drittschutz bei Verstößen gegen das Kartellverbot. Unter Berücksichtigung der Wechselwirkungen zwischen privater und öffentlich-rechtlicher Durchsetzung*, S. 205ff.

¹⁶⁹ *Bechtold/Bosch*, § 33, Rn. 43.

(i) Bindungswirkung gemäß § 33 Abs. 4

Zwar hat der Gesetzgeber § 33 Abs. 4 GWB eine sog. Tatbestandswirkung zugeschrieben. Dies ist jedoch nicht mit dem überwiegendem Sprachgebrauch dahingehend zu verstehen, dass der Erlass eines wirksamen Verwaltungsaktes Voraussetzung für den Eintritt einer Rechtsfolge ist.¹⁷⁰ Die Schadensersatzpflicht knüpft an den Verstoß an, nicht an dessen behördliche Feststellung. Vielmehr handelt es sich um eine Feststellungswirkung, auf Grund derer der Inhalt der kartellbehördlichen Entscheidung hinsichtlich des Verstoßes im nachfolgenden Schadensersatzverfahren feststeht.¹⁷¹ Die Feststellungswirkung gilt für Abstellungs- und Bußgeldverfügungen gleichermaßen.¹⁷²

Sie ist eng und weit zugleich: eng hinsichtlich des Beweisthemas und in persönlicher Hinsicht; weit, weil sie sich auf Tenor und Entscheidungsgründe erstreckt.

Thematisch ist die Entscheidung nur hinsichtlich des Verstoßes bindend. Feststellungen zur Schadenshöhe und zur Kausalität sind nicht verbindlich.¹⁷³ Die Bindungswirkung erstreckt sich ferner nur auf die am Verfahren vor der Kartellbehörde oder dem Gericht Beteiligten, also diejenigen Schädiger, die gehört wurden und gegen die Entscheidung vorgehen konnten.¹⁷⁴ Wird der Prozess nur gegen den Kronzeugen geführt, dem das Bundeskartellamt die Geldbuße vollständig erlassen hatte, nützt die Feststellungswirkung dem Kläger nichts, denn das Bundeskartellamt schließt das Verfahren gegenüber ihm nicht mit einer Entscheidung ab.¹⁷⁵ Anders verfährt die Europäische Kommission. Hier endet auch das Verfahren gegen den ersten Kronzeugen mit einer Entscheidung.¹⁷⁶

Die Bindung hat zwar allein die Feststellung des Kartellverstoßes im Blick, erstreckt sich aber immerhin „auf die Feststellung der Tatsachen als auch deren rechtliche Beurteilung.“¹⁷⁷ Umfasst ist neben dem Tenor auch die Entscheidungsbegründung.¹⁷⁸

¹⁷⁰ Meeßen, S. 133.

¹⁷¹ Wesselburg, S. 212f; Dreher, ZWeR 2008, 325, 329.

¹⁷² Wesselburg, S. 211; Dreher, ZWeR 2008, 325, 327f.

¹⁷³ Wesselburg, S. 214; Staebe in: Schulte/Just Kartellrecht, § 33 GWB, Rn. 146; Bornkamm in: Langen/Bunte Kartellrecht Bd. 1, § 33, Rn. 144; Gleiches gilt für die Feststellungswirkung nach Art. 16 Abs. 1 VO Nr. 1/2003 (EG) Berrisch/Burianski, WuW 2005, 878, 882.

¹⁷⁴ Bornkamm in: Langen/Bunte Kartellrecht Bd. 1, § 33, Rn. 146; Staebe in: Schulte/Just Kartellrecht, § 33 GWB, Rn. 48.

¹⁷⁵ Westhoff, S. 111 mwN; die Verfahren gegen Kartellanten, die nach der Bonusregelung Immunität genießen, würden regelmäßig nach § 47 Abs. 1 OWiG eingestellt, so Vollmer, ZWeR 2012, 442, 456.

¹⁷⁶ Bechtold/Bosch, § 33, Rn. 42.

¹⁷⁷ Staebe in: Schulte/Just Kartellrecht, § 33 GWB, Rn. 47; so auch Bornkamm in: Langen/Bunte Kartellrecht Bd. 1, § 33, Rn. 44; so auch Wesselburg, S. 213f.

Entgegen Stimmen in der Literatur,¹⁷⁹ erläutert *Dreher* überzeugend und gestützt auf die Gesetzesmaterialien, dass sich die Feststellungswirkung sowohl auf Tenor als auch auf Begründung erstrecke. Es komme nämlich nicht darauf an, wo sich die Information befinde, sondern lediglich darauf, dass sie den Verstoß betreffe.¹⁸⁰ Findet sich also in Entscheidungen der Kartell- und Wettbewerbsbehörden oder der Gerichte die Feststellung eines Verstoßes, kommt dieser Bindungswirkung zu. Des weiteren erstreckt sich die Bindungswirkung auch auf Feststellungen zum Verschulden und zum relevanten Markt.¹⁸¹ Da § 33 Abs. 4 GWB als Beweisregel im Sinne von § 286 Abs. 2 ZPO gilt, ist das Gericht im Schadensersatzprozess an die Feststellung gebunden und der Kläger vom Beweis insoweit befreit.

Um aus der Feststellungswirkung nach § 33 Abs. 4 GWB Nutzen ziehen zu können, muss der Geschädigte von der Existenz einer behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung erfahren,¹⁸² um dieser entnehmen können, worin der Verstoß bestand, wer die Schädiger waren und ob er zum Kreis der Geschädigten zählt. Zudem kann es erforderlich sein, die konkret handelnden Unternehmensvertreter der Kartellanten für die Projekte, für die Schadenersatz begehrt wird, zu benennen.¹⁸³

Das Bundeskartellamt veröffentlicht bei weitem nicht alle seine Abstellungs- und Bußgeldverfügungen.¹⁸⁴ Hierzu ist es nach dem GWB auch nicht verpflichtet. § 62 Satz 1 GWB regelt die verpflichtende Veröffentlichung von Entscheidungen nach 30 Abs. 3, § 31b Abs. 3, §§ 32 bis 32b und 32d GWB. Der *numerus clausus* dieser Vorschrift bedeutet, „dass andere als die im Gesetz genannten Verfügungen nicht bekanntgemacht zu werden brauchen.“¹⁸⁵ In Ermangelung von Spezialvorschriften (wie etwa für die Wettbewerbsregeln (§ 27 Abs. 2) und für die Fusionskontrolle (§ 43))¹⁸⁶, besteht für Bußgeldverfahren keine Veröffentlichungspflicht.¹⁸⁷ Dies macht sich auf dem Internetauftritt des Bundeskartellamts bemerkbar. Größtenteils werden nur

¹⁷⁸ *Meeßen*, S. 132; Bornkamm in: *Langen/Bunte Kartellrecht* Bd. 1, § 33, Rn. 144.

¹⁷⁹ Reh binder in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff Kartellrecht*, § 33 GWB, Rn. 54.

¹⁸⁰ *Dreher*, *ZWeR* 2008, 325, 329f.

¹⁸¹ *Wesselburg*, S. 214.

¹⁸² *Dreher*, *ZWeR* 2008, 325, 326.

¹⁸³ *Steger*, *BB* 2014, 963, 964.

¹⁸⁴ Auf den Internetseiten der Landeskartellbehörden werden bis anhin überhaupt keine Entscheidungen oder Fallberichte veröffentlicht. Allein der Internetauftritt der Landeskartellbehörde Brandenburg verweist auf einige Pressemitteilungen im Zusammenhang mit ihrer Aufgabenwahrnehmung, vgl. <http://www.mwe.brandenburg.de/sixcms/detail.php/bb2.c.456947.de>.

¹⁸⁵ Schmidt in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, Band 2, 4. Auflage, § 62 GWB, Rn. 2.

¹⁸⁶ Becker in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff Kartellrecht*, § 62 GWB, Rn. 1.

¹⁸⁷ Becker in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff Kartellrecht*, § 62 GWB, Rn. 3.

Fallberichte, nicht aber die Bußgeldbescheide veröffentlicht. Im Entscheidungsarchiv finden sich zwar vereinzelt Bußgeldbescheide vergangener Jahre. Diese sind jedoch zu großen Teilen geschwärzt und bezeichnen oft nicht die Adressaten, sodass die Schädiger nicht identifiziert werden können.¹⁸⁸ Die Fallberichte enthalten zum Teil nur sehr ungenaue Angaben zur geografischen Ausdehnung der Verstöße.¹⁸⁹ Es lässt sich daher für den Leser nicht mit Sicherheit bestimmen, ob er zum Kreis der Geschädigten gehört. Kenntnis von den Adressaten einer Abstellungs- oder Bußgeldverfügung und derjenigen Umstände, die für eine Bestimmung der Betroffenheit unerlässlich sind, sind zur Vorbereitung der Anspruchsdurchsetzung vonnöten. Im Anschluss an eine einvernehmliche Verfahrensbeendigung wird nur ein Kurzbescheid nach § 66 OWiG erteilt, der für den Kartellgeschädigten nutzlos ist.¹⁹⁰ Somit besteht auch in den Fällen, in denen das Bundeskartellamt eine Entscheidung im Sinne von § 33 Abs. 4 GWB gefällt hat, die Notwendigkeit die Akten des Bundeskartellamts einzusehen, wenn die veröffentlichten Feststellungen zum Verstoß, den Schädigern und dem Kreis der Geschädigten unvollständig sind. Darüber hinaus fordert *Vollmer*: Auch in den Fällen, in denen „der Bußgeldbescheid das Ergebnis der Ermittlungen ausführlich darstellt und eine umfangreiche Beweiswürdigung des Bundeskartellamts enthält, müssen potentielle Kartellgeschädigte sich grundsätzlich ein eigenes Bild von der Sach- und Beweislage machen können.“¹⁹¹

Im Gegensatz zum Bundeskartellamt ist die Europäische Kommission zur Veröffentlichung ihrer Entscheidungen unter Angabe der Beteiligten und des wesentlichen Inhalts der Entscheidung einschließlich der verhängten Sanktionen, verpflichtet, Art. 30 VO Nr. 1/2003 (EG). Hier muss der Geschädigte hinsichtlich des Verstoßes keine weiteren Erkundigungen einholen, jedoch besteht hier ein anderes Problem: Der Geschädigte muss auf die Veröffentlichung der um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Ent-

¹⁸⁸ Z.B. Bundeskartellamt, Bußgeldentscheidung vom 25. September 2009 im Verfahren B 3 - 123/08, verfügbar unter:

http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Kartellverbot/2009/B3-123-08.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

¹⁸⁹ Z.B. Bundeskartellamt, Fallbericht vom 4. Mai 2012 zum Verfahren B12 - 15/09 – Entscheidungen vom 10. August 2011 und 28. Februar 2012 (Kartellverfahren gegen Hersteller von Betonrohren und -schächten), S. 2, verfügbar unter:

http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2012/B12-15-09.pdf?__blob=publicationFile&v=4: Kartellabsprachen fanden „im Wesentlichen im Gebiet der Bundesländer Niedersachsen, Bremen und Nordrhein-Westfalen“ statt.

¹⁹⁰ *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen : Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung vorprozessualer Dokumentenzugangs- und Akteneinsichtsrechte Dritter auf europäischer und deutscher Ebene, S. 68f.

¹⁹¹ *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 455.

scheidung manchmal Jahre warten.¹⁹² Deshalb besteht auch gegenüber der Europäischen Kommission ein Bedürfnis für Akteneinsicht.¹⁹³ Denn hat der Geschädigte Kenntnis vom Kartellverstoß, seiner Betroffenheit und seinem Schaden erlangt, beginnt die Regelverjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB.¹⁹⁴ Die Hemmung der Verjährung nach § 33 Abs. 5 GWB gilt nur für den Zeitraum, in dem das Verfahren vor der Europäischen Kommission läuft. Die Verjährung ist nicht etwa gehemmt bis die Europäische Kommission ihre Entscheidung veröffentlicht hat. In Anbetracht des Aufwandes, den die Vorbereitung eines kartellrechtlichen Schadensersatzprozesses verlangt, ist mit der Sammlung der zur Substantiierung des Anspruchs notwendigen Informationen so früh wie möglich zu beginnen. Um nicht in die Verjährungsfalle zu tappen, ist daher auch Akteneinsicht vor Entscheidungsveröffentlichung geboten. Festzuhalten ist also, dass selbst in Fällen, in denen den Geschädigten die Feststellungswirkung nach § 33 Abs. 4 GWB zu Gute kommt, Akteneinsicht in Bezug auf die Feststellung des Verstoßes selbst vonnöten sein kann, weil die Kartellbehörden ihre Entscheidungen nicht, nur unvollständig oder erst lange nach Abschluss des Verfahrens veröffentlichen. Der Geschädigte, egal auf welcher Marktstufe er sich befindet, muss wissen, wer (Unternehmen und konkret handelnde Individuen) wie und zu wessen Lasten gegen das Kartell- oder Missbrauchsverbot verstoßen hat. Jene Angaben finden sich unzweifelhaft in den Akten der Kartellbehörden, auf die sich die Entscheidung stützt.

(ii) Keine Bindungswirkung gemäß § 33 Abs. 4 GWB

Kommt der Kläger nicht in den Genuss der Bindungswirkung gemäß § 33 Abs. 4 GWB, so muss er den Verstoß selbst darlegen und beweisen. Zu beachten ist, dass einer Negativentscheidung keine Bindungswirkung zukommt: „Endet das kartellbehördliche Verfahren mit einer Entscheidung, aus der sich ergibt, dass das beanstandete Verhalten kartellrechtlich unbedenklich ist (hebt bspw. ein Gericht die Abstellungsverfügung der KartB auf und wird diese Entscheidung dann rechtskräftig), so entfaltet diese Entscheidung keine Bindungswirkung (...).“¹⁹⁵ In einem solchen Fall kann sich der

¹⁹² Dreher, ZWeR 2008, 325, 332.

¹⁹³ Gleiches gilt auch für Entscheidungen des Bundeskartellamts, die auch oft erst lange nach dem Datum der Entscheidung veröffentlicht werden.

¹⁹⁴ Bechtold/Bosch, § 33, Rn. 37.

¹⁹⁵ Bornkamm in: Langen/Bunte Kartellrecht Bd. 1, § 33, Rn. 145.

Anspruchsteller trotzdem an die Zivilgerichte wenden, muss dann allerdings – wie im Falle nicht existierender Entscheidungen – den Verstoß beweisen.

(a) Verstoß gegen das Kartellverbot

Der Geschädigte trägt die Beweislast für den Nachweis sämtlicher Voraussetzungen des § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV,¹⁹⁶ vgl. auch Art. 2 S. 1 VO (EG) Nr. 1/2003. Sofern der Beklagte sich auf eine Freistellung nach § 2 GWB oder Art. 101 Abs. 3 AEUV beruft, muss dieser die Voraussetzungen jener Vorschriften beweisen,¹⁹⁷ vgl. auch Art. 2 S. 2 VO (EG) Nr. 1/2003. Zunächst muss der Geschädigte die Koordination (Vereinbarung zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen) nachweisen. Da er nicht selbst Teilnehmer klandestiner Sitzungen der Kartellanten gewesen sein wird und sich Aufzeichnungen der Treffen sowie sonstige Schriftstücke, etwa der Schriftwechsel zwischen den Unternehmen, bei den Schädigern befinden, ist ein direkter Beweis fast unmöglich. Der Geschädigte ist damit praktisch auf einen Indizienbeweis beschränkt, der jedoch auch wiederum Kenntnisse über das Marktverhalten der Marktteilnehmer, die Marktstruktur und die Wettbewerbssituation erfordert.¹⁹⁸ Informationen zu den betroffenen Märkten oder Absatzzahlen liegen dem Geschädigten aber nicht vor.¹⁹⁹ Ebenfalls schwer zu beschaffen sind die für den Nachweis der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung benötigten Marktdaten,²⁰⁰ sodass auch hier der Geschädigte regelmäßig vor kaum überwindbaren Schwierigkeiten steht.²⁰¹

(b) Missbrauch marktbeherrschender Stellung

Den Geschädigten trifft auch die Beweislast für den Nachweis der marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 102 AEUV bzw. der Einzelmarktbeherrschung, § 18 Abs. 1 GWB oder Oligopolmarktbeherrschung, § 18 Abs. 5 GWB sowie deren Missbrauch, Art. 102 AEUV bzw. §§ 19-21 GWB. Zwar gelten im GWB gesetzliche Vermutungen bezüglich der Marktbeherrschung, § 18 Abs. 4, 6 GWB, die gleichsam auch eine zivilprozessuale Vermutung, § 292 Abs. 1 ZPO, darstellen.²⁰² Hierfür muss der Ge-

¹⁹⁶ Westhoff, S. 84.

¹⁹⁷ Westhoff, S. 84.

¹⁹⁸ Präzise dargestellt bei Westhoff, S. 84ff.

¹⁹⁹ Wesselburg, S. 57.

²⁰⁰ Westhoff, S. 88; Papadelli, S. 129f.

²⁰¹ Wesselburg, S. 197f.

²⁰² Westhoff, S. 90f. mwN.

schädigte aber immerhin noch die Marktanteile berechnen, welche ohne Kenntnis der Absatzzahlen schwierig zu bestimmen sind.²⁰³

Im europäischen Kartellrecht finden die Vermutungsregelungen des GWB keine ausdrückliche Entsprechung. Allerdings sind deutsche Gerichte wegen des Äquivalenzgrundsatzes verpflichtet, Erleichterungen bei der Darlegungs- und Beweislast sowie gesetzliche Vermutung auch dann anzuwenden, wenn der Verstoß, weswegen Schadensersatz verlangt wird, auf Grundlage von europäischem und nicht deutschem Kartellrecht beurteilt wird.²⁰⁴

Für den Fall, dass die Vermutungen nicht greifen und für den Nachweis der marktbeherrschenden Stellung benötigt der Geschädigte Informationen zur Marktstruktur, zu den Marktanteilen, zur Unternehmensstruktur und zum Marktverhalten.²⁰⁵ Zudem muss der Geschädigte den Missbrauch nachweisen. Der Informationsbedarf hängt hierbei von der Form des Missbrauchs ab.²⁰⁶ Teilweise wird der Nachweis des Missbrauchs mit Hilfe des Anscheinsbeweises erleichtert, insbesondere bei typischen Fällen wie etwa der Beschränkung des Parallelhandels.²⁰⁷

(c) Vorhandene Informationen bei den Kartellbehörden

Ist der Geschädigte nicht zufällig im Besitz von direkten Beweisen (z.B. Aufzeichnungen über Treffen, Korrespondenz zwischen den Kartellanten, interne Unterlagen zum Marktbeherrschungsmissbrauch) zum Nachweis eines Verstoßes gegen das Kartellverbot (Art. 101 AEUV, § 1 GWB) oder die Missbrauchsverbote (Art. 102 AEUV, §§ 19-21 GWB), benötigt der Geschädigte also Informationen zur Marktstruktur und der Wettbewerbssituation, den Marktanteilen und den Absatzzahlen der Marktteilnehmer und ihr Marktverhalten über einen längeren Zeitraum. Kurzum, der Geschädigte benötigt jene Informationen, die auch die Wettbewerbsbehörden zum Nachweis des Verstoßes bräuchten. Die Sammlung und Auswertung der erforderlichen Informationen erfordert nicht nur immensen Aufwand. Da viele der benötigten Informationen nicht öffentlich verfügbar sind, ist es auch nur den Kartellbehörden möglich, diese zu beschaffen. Nicht umsonst hat der Gesetzgeber sie mit weitreichenden Befugnissen

²⁰³ Westhoff, S. 92.

²⁰⁴ Meeßen, S. 156.

²⁰⁵ Westhoff, S. 89; Papadelli, S. 134.

²⁰⁶ Unterscheidend nach den verschiedenen Formen der Missbrauchstatbestände im GWB Westhoff, S. 92ff.

²⁰⁷ Mit weiteren Beispielen Papadelli, S. 364f.

ausgestattet²⁰⁸ und ihnen die Möglichkeit gelassen, Anreize zur Zusammenarbeit zu schaffen (Kronzeugenprogramme).

Haben die Kartellbehörden schon Ermittlungen im konkreten Fall geführt, haben sie meist schon hilfreiche Daten erhoben, egal ob das Ermittlungsverfahren noch andauert²⁰⁹ oder nicht mit einer Abstellungs- oder Bußgeldverfügung endete.²¹⁰ Neben den Informationen zur Marktstruktur und der Wettbewerbssituation, den Marktanteilen und den Absatzzahlen der Marktteilnehmer sowie deren Marktverhalten, könnten sich sogar Kronzeugenanträge, Protokolle von Vernehmungen und bei Durchsuchungen sichergestellte Asservaten in den Akten befinden. Akteneinsicht bei bereits geführten Ermittlungen der Kartellbehörde ist somit hilfreich und sogar notwendig, da dem Geschädigten nicht die hoheitlichen Befugnisse zur Verfügung stehen, um ausreichend Daten zum Nachweis des Verstoßes zu erheben.

Auch wenn im konkreten Fall noch keine Ermittlungen angestellt wurden, kann Einsicht in die Akten der Kartellbehörde zum Nachweis des Verstoßes hilfreich sein. Das Bundeskartellamt stellt auch sogenannte Sektoruntersuchungen an, § 32e GWB. Im Rahmen der Sektoruntersuchungen werden Informationen zur Marktstruktur, zur Wettbewerbssituation und zum Marktverhalten erhoben, auch mit Hilfe der hoheitlichen Befugnisse, § 32e Abs. 2 GWB. Das Bundeskartellamt ist nicht verpflichtet, einen Abschlussbericht zu veröffentlichen, schon gar nicht, alle im Detail erhobenen Marktdaten publik zu machen, § 32e Abs. 3 GWB. Zum indirekten Nachweis des Verstoßes mittels Informationen zur Marktstruktur, zur Wettbewerbssituation und zum Marktverhalten kann also auch Einsicht in die Akten der Sektoruntersuchungen hilfreich sein. Auch die Akten der Fusionskontrollverfahren, §§ 35ff. GWB, enthalten Angaben zu Marktstrukturen, Umsatzerlösen und Marktanteilen, welche für den Schadensersatzberechtigten von Nutzen sein können.

Besteht keine Feststellungswirkung nach § 33 Abs. 4 GWB, ist die Einsichtnahme in die Akten der Kartellbehörden für die Geschädigten zum Nachweis des Verstoßes hilfreich. Bezüglich jener Informationen, die nicht öffentlich verfügbar sind und nur

²⁰⁸ Für das Bundeskartellamt z.B. §§ 57-59 GWB (Vernehmungen, Beschlagnahme, Auskunftsverlangen etc.); für die Europäische Kommission z.B. Artt. 18-21 VO Nr. 1/2003 (EG) (Auskunftsverlangen, Befragungen, Durchsuchungen etc.)

²⁰⁹ Potentiell Geschädigte möchten ihre Klageaussichten oft schon während des laufenden Verfahrens prüfen, siehe *Dreher*, ZWeR 2008, 325, 331.

²¹⁰ Endet das Verfahren mit einer Verpflichtungszusage nach § 32b GWB, bedeutet dies nicht, dass das zuvor beanstandete Verhalten nicht Anlass für eine Schadensersatzforderung geben kann.

mittels hoheitlicher Befugnisse erlangt werden können, z.B. Absatzzahlen, ist die Akteneinsicht sogar notwendig. Es kann sein, dass nur dort sich die für die Substantiierung des Verstoßes notwendigen Informationen befinden.

b) Anspruchsberechtigung

Anspruchsberechtigt ist der Betroffene, also wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist, § 33 Abs. 1 Satz 3 GWB. Die Frage der Aktivlegitimation war höchst umstritten.²¹¹ Weitgehender Konsens ist heute folgendes: Mit dem Wegfall des sog. Schutzgesetzerfordernisses ist nicht mehr erforderlich, dass sich das den Kartellverstoß begründende Verhalten gezielt gegen bestimmte Abnehmer oder Lieferanten richten muss.²¹² Der Begriff des Betroffenen ist weit zu verstehen; einzubeziehen sind alle potentiell durch den Kartellverstoß beeinträchtigten Marktbeteiligten.²¹³ Marktbeteiligt ist, wer als „Anbieter oder Nachfrager von Leistungen jeglicher Art anderen Nachfragern bzw. Anbietern gegenübertritt,“²¹⁴ also „dessen Beeinflussung auf dem Marktprinzip beruht.“²¹⁵ Wichtig ist mithin, dass der Betroffene durch das Verhalten des Schädigers tatsächlich beeinflusst wird. Denn die oft zitierte „Jedermann“-Formel des EuGH in den Rs. *Courage*²¹⁶ und *Manfredi*²¹⁷ darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Schaden und einem nach den Wettbewerbsvorschriften verbotenen Kartell oder Verhalten bestehen muss.²¹⁸ Einen ursächlichen Zusammenhang vorausgesetzt, können also betroffen sein: direkte Abnehmer²¹⁹, indirekte Abnehmer,²²⁰ Lieferanten²²¹, indirekte Lieferanten²²², Wettbewerber²²³ und auch Endverbraucher.²²⁴ Sogar kar-

²¹¹ Zum Problem der Aktivlegitimation *Görner*, Die Anspruchsberechtigung der Marktbeteiligten nach § 33 GWB, S. 143; *Meeßen*, S. 166ff.

²¹² *Bechtold/Bosch*, § 33, Rn. 10 mwN; grundlegend *Görner*, S. 20ff.

²¹³ *Bechtold/Bosch*, § 33, Rn. 11; Staebe in: *Schulte/Just Kartellrecht*, § 33 GWB, Rn. 10.

²¹⁴ *Görner*, S. 143.

²¹⁵ *Görner*, S. 143.

²¹⁶ EuGH C-453/99 – *Courage*, Rn. 26.

²¹⁷ EuGH C-295/04 – *Manfredi*, Rn. 60.

²¹⁸ EuGH C-295/04 – *Manfredi*, Rn. 61.

²¹⁹ *Meeßen*, S. 222f; Schmidt in: *Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht*, Bd. 2, VO 1/2003 Anhang 2, Rn. 21.

²²⁰ *Bechtold/Bosch*, § 33, Rn. 13 mwN; Schmidt in: *Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht*, Bd. 2, VO 1/2003 Anhang 2, Rn. 19; *Soyez*, *EuZW* 2012, 100-102, 100ff; Staebe in: *Schulte/Just Kartellrecht*, § 33 GWB, Rn. 28.

²²¹ *Emmerich* in: *Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht*, Bd. 2, § 33, Rn. 22; *Meeßen*, S. 222f.

²²² Analog der indirekten Abnehmer; allgemein: "auf weiteren Marktstufen betroffene Verkehrsteilnehmer" Schmidt in: *Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht*, Bd. 2, VO 1/2003 Anhang 2, Rn. 19.

²²³ § 33 Abs. 1 Satz 3 GWB.

tellbeteiligte Vertragspartner im Vertikalverhältnis können nach der „Courage“-Doktrin Ansprüche aus § 33 GWB geltend machen.²²⁵ Ob auch Mitglieder eines horizontalen Kartells betroffen oder nur beteiligt sind, ist umstritten.²²⁶

Beim Missbrauch marktbeherrschender Stellungen lässt sich die Anspruchsberechtigung wie folgt zusammenfassen: In Fällen des Behinderungsmissbrauchs sind grundsätzlich die Mitbewerber anspruchsberechtigt.²²⁷ Diese müssen nicht zwingend auf dem beherrschten, sondern können auch auf nachgelagerten Märkten tätig sein.²²⁸ In Fällen des Ausbeutungsmissbrauchs sind Marktteilnehmer auf der Marktgegenseite anspruchsberechtigt.²²⁹ Entsprechend der Abwälzung überhöhter Preise im Kartell über mehrere Marktstufen hinweg sind auch Abnehmer nachgelagerter Marktstufen betroffen.²³⁰ Dies kann bis hin zum Endverbraucher reichen.

Betroffene und damit potentielle Schadensersatzkläger finden sich also auf allen Marktstufen. Sie stehen den Schädigern unterschiedlich nahe. Wie zuvor ausgeführt, lassen die Veröffentlichungen der Kartellbehörden nicht immer die Bestimmung zu, wer zum Kreis der Betroffenen zählt. Während es für Betroffene auf entfernteren Marktstufen fast immer schwierig sein wird, herauszufinden, ob sie betroffen sind, haben in manchen Fällen auch Betroffene, die dem Schädiger sehr nahe standen Probleme. Wird die Identität der Schädiger nicht preisgegeben, können selbst Abnehmer und Lieferanten, die in direktem geschäftlichen Kontakt mit den Schädigern stehen, nicht ausmachen, ob sie betroffen sind. Eine Akteneinsicht ist in diesem Fall unentbehrlich. Sind die Namen der Schädiger öffentlich, präzisiert der Fallbericht oder die veröffentlichte Version des Bußgeldbescheids aber nicht die räumliche Ausdehnung des kartellrechtswidrigen Verhaltens, können direkte Abnehmer und direkte Lieferanten nur vermuten, sie seien geschädigt worden. Auch in diesem Fall muss der direkte Abnehmer oder Lieferant Akteneinsicht nehmen, um Klarheit über die genaue räumliche Ausdehnung des Verstoßes und damit über seine Betroffenheit zu erlangen.

²²⁴ *Bechtold/Bosch*, § 33, Rn. 11; Bornkamm in: *Langen/Bunte Kartellrecht* Bd. 1, § 33, Rn. 21, 27; Staabe in: *Schulte/Just Kartellrecht*, § 33 GWB, Rn. 28.

²²⁵ Schmidt in: *Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht*, Bd. 2, VO 1/2003 Anhang 2, Rn. 20.

²²⁶ Für eine Betroffenheit *Bechtold/Bosch*, § 33, Rn. 11 mwN; dagegen Schmidt in: *Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht*, Bd. 2, VO 1/2003 Anhang 2, Rn. 20 mwN; differenzierend nach der Stärke der Parteien Bornkamm in: *Langen/Bunte Kartellrecht* Bd. 1, § 33, Rn. 33ff.

²²⁷ *Meeßen*, S. 332.

²²⁸ *Meeßen*, S. 332f.

²²⁹ *Meeßen*, S. 332.

²³⁰ *Meeßen*, S. 333.

Marktteilnehmer entfernterer Marktstufen, insbesondere Endverbraucher haben es darüber hinaus auch schwer, ihre Betroffenheit zu bestimmen, selbst wenn die Identität der Schädiger und Ausdehnung des Verstoßes bekannt sind. Es ist für den Einzelnen kaum nachzuvollziehen, ob ein kartelliertes Rohprodukt in seinen Gebrauchsgegenständen verarbeitet wurde, etwa von welchem Hersteller das Metall herrührt, welches einem Zulieferer als Ausgangsstoff für ein Teil diente, welches schließlich in dem Auto einer bestimmten Marke, eines bestimmten Modells, einer bestimmten Serie eingebaut wurde. Oder wer weiß, welche Nahrungsmittelhersteller welche Vitaminpräparate beziehen?²³¹ Nicht zu verwechseln mit der Frage der Betroffenheit ist die Frage, ob der Käufer auf Grund des Kartells einen Schaden davon getragen hat, etwa weil sich der Endpreis des gekauften Autos wegen des Kartells auf Ebene der Metallhersteller erhöht hatte.

Schon allein um die Betroffenheit von Marktteilnehmern auf entfernteren Marktstufen feststellen zu können, ist die Einsicht in die Akten der Kartellbehörden notwendig. Zur Bestimmung der Betroffenheit benötigt der potentiell Betroffene nämlich zumindest Informationen zur Marktstruktur und zum Absatz- oder Beschaffungsmarkt der Kartellanten. Diese Informationen ermöglichen es ihm, in weiteren Schritten herauszufinden, ob die Lieferkette bis zu ihm reicht oder nicht. Hat die Kartellbehörde Ermittlungen aufgenommen, befinden sich Informationen zur Marktstruktur und zum Absatz- oder Beschaffungsmarkt der Kartellanten in ihren Akten. Unter Umständen helfen dem potentiell Betroffenen auch die Akten einer Sektoruntersuchung. Schließlich kann auch der Kronzeugenantrag von Interesse sein. Bestand das kartellrechtswidrige Verhalten in einer unzulässigen Kundenaufteilung, ist denkbar, dass der Geschädigte sogar „erst mit Hilfe des Kronzeugenanspruchs Beweis darüber führen kann, dass gerade seine Vertragsschlüsse von dem Kartell betroffen waren.“²³²

c) Kausaler Schaden

Auch hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale Schaden und Kausalität stellen sich die Fragen: Was muss der Anspruchsberechtigte darlegen und ggf. beweisen? Welche Beweismittel kommen hierfür in Betracht? Und finden sich die benötigten Beweismittel auch oder sogar nur in den Akten der Kartellbehörden?

²³¹ Haucap/Stühmeier, WuW 2008, 413, 422.

²³² Bien, EuZW 2011, 889, 890.

Der Anspruchsberechtigte muss darlegen und ggf. beweisen, dass ihm ein Schaden entstanden ist und der Verstoß für diesen kausal war. Anders als in klassischen Fallkonstellationen des Deliktsrechts lässt sich die Prüfung von Schaden und Kausalität im Falle von Schäden durch kartellrechtswidriges Verhalten nicht sinnvoll trennen, insbesondere dann nicht, wenn der Schaden in einem kartellrechtswidrig überhöhten Preis besteht. Dies verdeutlichen zwei Beispiele: Erstens, ein Autofahrer missachtet eine Verkehrsregel und ein Fußgänger erleidet nach einem Unfall mit jenem Autofahrer eine Körperverletzung. Zweitens, Zementhersteller sprechen kartellrechtswidrig ihre Preise ab und ein Bauherr bezahlt einem Zwischenhändler einen höheren Preis für Baubeton als noch im letzten Jahr. Im ersten Fall liegt der Schaden auf der Hand. Der Fußgänger hat eine Körperverletzung erlitten. Das Tatbestandsmerkmal Schaden ist mithin gegeben. Die Kausalitätsfrage wird getrennt hiervon geprüft. Zu fragen ist, ob das verkehrswidrige Verhalten des Autofahrers ursächlich für das schädigende Ereignis (Unfall) war (haftungsbegründende Kausalität) und der Unfall ursächlich für die konkrete Schadensfolge (Körperverletzung) war (haftungsausfüllende Kausalität). Im zweiten Beispielfall lassen sich Schaden und Kausalität nicht trennen. Ohne einen Bezug zum kartellrechtswidrigen Verhalten ist ein erhöhter Endpreis gar kein Schaden. Dies erklärt sich wie folgt: War die Kartellabsprache auf Ebene der Hersteller ursächlich für die Erhöhung des Preises für den Endkunden (Bauherr), ist diesem ein Schaden entstanden. Der Schaden besteht dann in der Differenz zwischen dem gezahlten Preis und dem hypothetischen Preis, der sich ohne Kartellabsprache gebildet hätte. Genau genommen ist nicht der überhöhte Preis der Schaden, sondern die Verminderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Käufers. Sein Vermögen erfährt eine Verminderung, weil der künstlich überhöhte Preis nicht dem wirtschaftlichen Wert der gekauften Ware entspricht. War die Kartellabsprache hingegen nicht kausal für den höheren Preis, dann ist dem Endkunden überhaupt kein Schaden entstanden. Hat der Preisanstieg gegenüber dem Vorjahr Gründe, die nicht auf pflichtwidriges Verhalten zurückzuführen sind, z.B. natürliche Verknappung der Ressource, Verteuerung von Produktions- oder Transportkosten, Inflation etc., handelt es sich um einen natürlichen Preis, der sich am Markt gebildet hat. Er spiegelt den nun erhöhten wirtschaftlichen Wert des Gutes wider. Der wirtschaftliche Gesamtwert des Vermögens des Käufers wird also nicht gemindert. Er erleidet deshalb keinen Schaden. Höhere Preise sind also nur dann ein Schaden, wenn sie auch auf das

kartellrechtswidrige Verhalten zurückzuführen sind. Dies scheinen auch *Bechtold/Bosch* so zu sehen, wenn sie formulieren, der Gläubiger habe dann einen Schaden erlitten, „wenn ein kausaler Zusammenhang zwischen dem Verstoß nach Abs. 1 und dem wirtschaftlichen Nachteil des Gläubigers besteht.“²³³ Schaden und Kausalität sind folglich im Kartellschadensersatzrecht miteinander verwoben. Die Prüfung der beiden Tatbestandsmerkmale erfolgt deshalb gemeinsam. Für den Nachweis der Kausalität reicht es, wenn der Verstoß mitursächlich für den wirtschaftlichen Nachteil des Anspruchstellers ist.²³⁴

Neben dem Nachweis des kausalen Schadens muss der Anspruchsberechtigte auch die Höhe des ihm entstandenen Schadens beziffern.

Der Nachweis eines kausalen Schadens gestaltet sich für den Geschädigten schwierig,²³⁵ wenn es nicht sogar „die schwierigste Frage des gesamten Themas Schadensersatz für Kartellverstöße“ ist.²³⁶ Nicht zuzustimmen ist Auffassungen in der Literatur, die behaupten, der Anspruchsteller werde „[s]ofern ein Kartellverstoß aufgrund einer kartellbehördlichen Entscheidung bindend feststeht oder der Beweis hierfür nach Ansicht des Gerichts bereits erbracht ist, (...) regelmäßig keine Schwierigkeiten haben, nachzuweisen, dass auch ein Schaden entstanden ist. Denn der Nachweis des Schadens dürfte bereits mit Hilfe des Beweises des ersten Anscheins gelingen.“²³⁷ Zwar „liegt es nach der Lebenserfahrung nahe, dass die im Rahmen des Kartells erzielten Preise höher liegen als die im Wettbewerb erreichbaren Marktpreise.“²³⁸ Die Vermutung, Kartellabsprachen führten zu überhöhten Preisen, sagt aber nicht darüber aus, bei wem der Schaden angefallen ist. Denkbar ist, dass der Schaden beim direkten Abnehmer verblieben ist und nicht weitergegeben wurde. Insbesondere indirekten Abnehmern, die weiter unten in der Absatzkette stehen, dürfte es deshalb schwerfallen nachzuweisen, dass „der im höheren Preis liegende wirtschaftliche Nachteil auf den Kartellverstoß zurückzuführen ist (...). Denn mit jeder Absatzstufe wachsen die Faktoren, welche die Preisbildung beeinflussen können. Umso näher er

²³³ *Bechtold/Bosch*, § 33, Rn. 29.

²³⁴ *Bechtold/Bosch*, § 33, Rn. 29.

²³⁵ *Westhoff*, S. 100; *Bundeskartellamt*, Private Kartellrechtrechtsdurchsetzung, S. 9; *Criegern/Engelhoven*, WRP 2013, 1441, 1441. Letztere sehen dies als Grund für das drohende Scheitern mehrerer Schadensersatzklagen.

²³⁶ *Weitbrecht*, NJW 2012, 881, 883.

²³⁷ *Wesselburg*, S. 193.

²³⁸ BGH Beschluss vom 28.06.2005, KRB 2/05 = BGH NJW 2006, 163, 164f.

dem Kartellgeschehen in der Absatzkette ist, umso eher wird er auch in der Lage sein, substantiiert darzulegen, wie sich die Preise infolge des Kartells von Absatzstufe zu Absatzstufe entwickelt haben.“²³⁹ Der Anspruchsteller muss also Informationen zu den Absatzmärkten und -ketten haben und wissen, welche Faktoren die Preisgestaltung dort beeinflusst haben. Für den Nachweis der Kausalität ist ebenfalls die Kenntnis der Marktstruktur vonnöten, um schlüssig darzulegen, dass die überhöhten Preise Folge der Kartellrechtsverletzung waren.²⁴⁰

Schließlich muss der Schaden beziffert werden. Auch die Feststellung der Schadenshöhe bereitet große Schwierigkeiten²⁴¹ und birgt Unsicherheiten.²⁴² Denn die allgemeine Lebenserfahrung, dass Kartelle zu überhöhten Preisen führen, hilft bei der Bestimmung des Ausmaßes der Überhöhung nicht weiter.²⁴³ Auch der praktische Leitfaden der Europäischen Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Kartellschadensersatzklagen²⁴⁴ hilft nur bedingt. Die Kommission erläutert allgemein die unterschiedlichen Arten kartellbedingter Schäden und stellt verschiedene Berechnungsmethoden vor, verschafft den Anspruchstellern aber keinen Zugang zu den erforderlichen Beweismitteln.²⁴⁵ Grundsätzlich erfolgt die Schadensberechnung mittels der Differenzhypothese.²⁴⁶ Besondere Schwierigkeiten bereitet hierbei die Feststellung des wettbewerbsanalogen Preises, also des Preises, der ohne das wettbewerbswidrige Verhalten bestanden hätte.²⁴⁷ Die Differenzberechnung kann u.a. mittels des Vergleichsmarktkonzeptes erfolgen.²⁴⁸ Hierbei werden Preise auf räumlich, sachlich oder zeitlich vergleichbaren Märkten, die nicht verfälscht waren, mit denen des kartellierten Marktes verglichen.²⁴⁹ Diese Methode zur Bestimmung der Schadenshöhe ist aber mit Aufwand verbunden und nur unter Schwierigkeiten möglich.²⁵⁰ Daneben gibt es eine Vielzahl weiterer, nicht weniger aufwendiger Methoden zur Schadensbe-

²³⁹ *Bornkamm*, GRUR 2010, 501, 504.

²⁴⁰ *Papadelli*, S. 152.

²⁴¹ *Bechtold/Bosch*, § 33, Rn. 33; *Bernhard*, NZKart 2013, 488, 488; *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 453.

²⁴² *Seitz*, GRUR-RR 2012, 137, 140.

²⁴³ *Bechtold/Bosch*, § 33, Rn. 33.

²⁴⁴ *Europäische Kommission*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen, S. 1ff.

²⁴⁵ Letzteres bemängelt auch *Bernhard*, NZKart 2013, 488, 492.

²⁴⁶ *Papadelli*, S. 140.

²⁴⁷ *Bechtold/Bosch*, § 33, Rn. 33.

²⁴⁸ Zur Vergleichsmarktmethode siehe z.B. *Bernhard*, NZKart 2013, 488, 489.

²⁴⁹ *Rauh/Zuchandke/Reddemann*, WRP 2012, 173, 176ff.

²⁵⁰ *Wesselburg*, S. 194; *Papadelli*, S. 142.

rechnung.²⁵¹ Ihnen ist gemein, dass sie eine Vielzahl von Marktdaten erfordern. Welche Berechnungsmethode gewählt wird und wie genau der Schaden beziffert werden kann, hängt ganz entscheidend von dem jeweils verfügbaren Datenmaterial ab.²⁵² Weniger aufwendig ist eine Schadensschätzung. Einen Anhaltspunkt für die Schadensschätzung bietet der sog. Verletzerertrag, § 33 Abs. 3 S. 2 GWB. Das ist der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat. Aber auch hierfür benötigt der Geschädigte Informationen, nämlich über die Umsatzerlöse, Herstellungs- und Betriebskosten der Schädiger.²⁵³

Zu fragen ist nun, ob die Akten der Kartellbehörden die benötigten Informationen zu Absatzmärkten und -ketten, Preisbildungsfaktoren, Marktstruktur, Umsatzerlösen, sowie Herstellungs- und Betriebskosten enthalten.

Im Idealfall befinden sich Angaben zu Schaden und Kausalität auch in der kartellbehördlichen Abstellungsverfügung oder Bußgeldentscheidung. Informationen zu Schadens- und Kausalitätsfragen werden sich nicht im Tenor oder in den tragenden Gründen einer Entscheidung wiederfinden, unter Umständen aber in den Erwägungsgründen.²⁵⁴ Mag auch die Feststellungswirkung nach Art. 16 VO Nr. 1/2003 (EG) und § 33 Abs. 4 GWB sich nicht auf bloße Erwägungsgründe erstrecken, so ist die Kenntnisnahme des Volltextes der kartellbehördlichen Entscheidung in jenem Fall von unschätzbarem Wert für den Anspruchsteller. Daran ist das Gericht, welches über den Schadensersatzanspruch entscheidet zwar nicht formal gebunden. Die Angaben in der Entscheidung bilden aber eine Argumentationshilfe für den Anspruchsteller und zeigen ihm auf, welche Beweismittel zum Schadens- und Kausalitätsnachweis benötigt werden.

Die Kronzeugenanträge werden für den Nachweis des Schadens und der Schadenshöhe regelmäßig²⁵⁵ unergiebig sein, da Kronzeugen diesbezüglich keine Angaben ma-

²⁵¹ Siehe z.B. *Europäische Kommission*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen, 16ff; *Meeßen*, S. 418ff; *Bernhard*, NZKart 2013, 488, 489ff; *Hüschelrath*, Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen : ökonomische Methoden und rechtlicher Rahmen, S. 79ff.

²⁵² *Meeßen*, S. 422.

²⁵³ *Westhoff*, S. 102; *Bechtold/Bosch*, § 33, Rn. 34.

²⁵⁴ *Berrisch/Burianski*, WuW 2005, 878, 882.

²⁵⁵ Aber: Erklärungen, die Kronzeugen zur Unterstützung der Kartellbehörden bei ihren Ermittlungen abfassen, können auch für die Geschädigten eines Kartells und deren anwaltlichen Berater bei der Vorbereitung und Durchführung von Schadensersatzklagen, z.B. für die Quantifizierung von Schäden, von großem Interesse sein, meint *Jüntgen*, WuW 2007, 128, 129.

chen müssen.²⁵⁶ Der pauschalen Annahme, in Kronzeugeneinreichungen befänden sich weder Angaben zum Schaden noch zu Kausalitätsfragen, ist jedoch entgegenzutreten, da sich in diesen durchaus „detaillierte Schilderungen zur Umsetzung und Durchsetzbarkeit der Kartellabsprachen einschließlich deren Auswirkungen auf den Marktpreis“ befinden können.²⁵⁷

Neben Bußgeldbescheid und Kronzeugenantrag enthalten aber die restlichen Bestandteile der kartellbehördlichen Akten Informationen zu den Absatzmärkten und –ketten und der Marktstruktur. Auch die zur Ermittlung des Schadens mittels der im Praktischen Leitfaden der Europäischen Kommission vorgestellten Methoden benötigten Marktdaten kann der Anspruchsteller in den Akten der Kartellbehörden finden.²⁵⁸ Mit Hilfe einer umfassenden Einsicht in die Akten der Kartellbehörden, könnte der Anspruchsteller Schadenshöhe und Grundlage der Berechnung oder Schätzung belastbar vortragen.²⁵⁹ Rückschlüsse auf die Höhe des Schadens können auch mit Hilfe derjenigen Beweismittel gezogen werden, mit denen das Bundeskartellamt die Auswirkungen auf den Markt (Umsetzung der Kartellvereinbarung) nachgewiesen hat.²⁶⁰

Zur Schadensschätzung mittels des Verletzergewinns werden Angaben zu Umsatzerlösen, Herstellungs- und Betriebskosten der Anspruchsgegner benötigt. Da diese Angaben von den Unternehmen in aller Regel nicht veröffentlicht werden, sind sie für den Anspruchsteller nur in den Akten der Kartellbehörde zu finden. Auch wenn im Unterschied zur Rechtslage vor der 7. GWB-Novelle das Bundeskartellamt bei der Bußgeldfestsetzung nach § 81 Abs. 4 GWB nicht mehr zur Ermittlung des kartellbedingten Mehrerlöses verpflichtet ist,²⁶¹ werden Mehrerlös und Schäden weiterhin ermittelt, um sie als Zumessungskriterium bei der Bußgeldfestsetzung berücksichtigen zu können,²⁶² oder wenn sie benötigt werden, um den Verstoß nachzuweisen oder den wirtschaftlichen Vorteil nach § 34 GWB abzuschöpfen. Meldeten die betroffenen Unternehmen zur Zeit der Kartells oder des Missbrauchs einen Zusammenschluss

²⁵⁶ *Bien*, EuZW 2011, 889, 890; *Bundeskartellamt*, Stellungnahme zur 8. GWB-Novelle, S. 17; *Fiedler/Huttenlauch*, NZKart 2013, 350, 353f.

²⁵⁷ *Heinichen*, NZKart 2014, 83, 87.

²⁵⁸ *Bernhard*, NZKart 2013, 488, 492.

²⁵⁹ *Criegern/Engelhoven*, WRP 2013, 1441, 1442.

²⁶⁰ *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 454.

²⁶¹ *Bundeskartellamt*, Tätigkeitsbericht 2011/2012, S. 40.

²⁶² *Heinichen*, NZKart 2014, 83, 87.

an, so lassen sich Angaben zu den Umsatzerlösen auch den Akten des Fusionskontrollverfahrens entnehmen.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass auch zum Nachweis des kausalen Schadens und zur Bestimmung der Schadenshöhe, Einsicht in die Akten der Kartellbehörden nützlich ist. In Hinblick auf diejenigen Daten, die öffentlich nicht verfügbar sind, ist die Akteneinsicht sogar notwendig.

d) *Rechtswidrigkeit (indiziert)*

Da die Rechtswidrigkeit durch den Verstoß indiziert ist, ist eine Prüfung in aller Regel entbehrlich. Es gilt somit das zum Verstoß Geschriebene. Darüber hinaus erscheint Einsicht in die Akten der Kartellbehörden zum Nachweis der Rechtswidrigkeit nicht erforderlich.

e) *Verschulden*

Weiter muss der Anspruchsberechtigte belegen, dass der Verstoß vorsätzlich oder fahrlässig, also schuldhaft begangen wurde. Bezüglich des verursachten Schadens ist kein Verschulden erforderlich.

Enthält die behördliche oder gerichtliche Entscheidung im Sinne von § 33 Abs. 4 GWB Feststellungen zum Verschulden, erstreckt sich auch auf diese „subjektive Tatseite“ die Bindungswirkung.²⁶³ Gibt es eine solche Entscheidung nicht oder enthält sie keine positiven²⁶⁴ Angaben zum Verschulden, muss der Geschädigte das Verschulden nachweisen. Hinsichtlich der Beweismittel gilt das zum Nachweis des Verstoßes Geschriebene. Auf Grund des objektiven Verstoßes wird das Verschulden nach dem Beweis des ersten Anscheins regelmäßig vermutet.²⁶⁵ Ein Bedürfnis für eine weitergehende als die zum Nachweis des Verstoßes erforderliche Akteneinsicht besteht daher regelmäßig nicht.

Die Frage, ob ein Rechtsirrtum über die Zulässigkeit des Verhaltens das Verschulden ausschließt, beantwortet zusammenfassend *Rehbinder*: „Ein erheblicher Rechtsirrtum ist gegeben, wenn der Betroffene bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte zu rechnen brauchte. Der Betroffene kann sich grundsätzlich auf die höchstrichterliche Rechtsprechung verlas-

²⁶³ Bornkamm in: Langen/Bunte Kartellrecht Bd. 1, § 33 GWB, Rn. 144.

²⁶⁴ Auch hier muss gelten: Es gibt keine negative Bindungswirkung. Stellt die Behörde fest, dass ohne Verschulden gegen Kartellrecht verstoßen wurde, kann der Geschädigte trotzdem das Gegenteil im Schadensersatzprozess darlegen und beweisen.

²⁶⁵ *Meeßen*, S. 341.

sen. Wenn eine feste Rechtsprechung nicht besteht, so reicht es nicht aus, wenn der fehlerhafte Standpunkt ernsthaft vertreten werden konnte. Vielmehr trägt der Handelnde das Risiko der zweifelhaften Rechtslage.“²⁶⁶ Scharf antwortet auch der EuGH auf eine Vorlagefrage: „Art. 101 AEUV ist dahin auszulegen, dass ein Unternehmen, das gegen diese Bestimmung verstoßen hat, nicht der Verhängung einer Geldbuße entgehen kann, wenn der Zuwiderhandlung ein Irrtum dieses Unternehmens über die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens zu Grunde liegt, der auf dem Inhalt eines Rechtsrats eines Anwalts oder einer Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde beruht.“²⁶⁷ Eine Geldbuße kann gemäß Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 nur bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit verhängt werden. Ein derartiger Verbotsirrtum ist jedoch laut EuGH im Kartellrecht unbeachtlich, das Verschulden mithin nicht ausgeschlossen. Ein Verschulden liegt schon dann vor, „wenn sich das betreffende Unternehmen über die Wettbewerbswidrigkeit seines Verhaltens nicht im Unklaren sein kann, gleichviel, ob ihm dabei bewusst ist, dass es gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrags verstößt.“²⁶⁸ Wer beispielsweise unmittelbar Preise abspricht, kann sich der Wettbewerbswidrigkeit seines Verhaltens gar nicht im Unklaren sein.²⁶⁹ Für einen das Verschulden ausschließenden Verbotsirrtum bleibt im Kartellrecht mit seiner ausdifferenzierten Rechtsprechung kaum, für Hardcore-Kartelle überhaupt kein Raum.

f) Zwischenergebnis

Zur Substantiierung des Schadensersatzanspruchs nach § 33 Abs. 1, 3 Satz 1 GWB haben alle potentiellen Anspruchsteller Informationsbedürfnisse. Regelmäßig benötigen Anspruchsteller entfernterer Marktstufen mehr Informationen als diejenigen, die in direktem geschäftlichen Kontakt mit den Anspruchsgegnern standen. Informationen werden hauptsächlich zum Nachweis des Verstoßes, der Stellung als Betroffener und des kausalen Schadens sowie der Schadenshöhe benötigt. Insbesondere fehlt es dem Anspruchsteller an Kenntnissen über die Identität der Anspruchsgegner, die räumliche Ausdehnung eines Kartells, die Marktstruktur, die Wettbewerbssituation und das Marktverhalten der Teilnehmer. Er benötigt Wissen um Absatzmärkte, -ketten und -zahlen sowie Preisbildungsfaktoren. Zur Schadensschätzung mittels des Verletzergewinns muss er auf Umsatzerlöse, Herstellungs- und Betriebskosten der Anspruchs-

²⁶⁶ Reh binder in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff Kartellrecht, § 33 GWB, Rn. 33.

²⁶⁷ C-681/11 – Schenker & Co AG u. a., Rn. 43.

²⁶⁸ C-681/11 – Schenker & Co AG u. a., Rn. 37.

²⁶⁹ C-681/11 – Schenker & Co AG u. a., Rn. 38.

gegner zugreifen können. Jene Informationen finden sich in den Akten der Kartellbehörden, etwa im Volltext der Bußgeldentscheidung, in den Akten laufender Bußgeld- oder Untersagungsverfahren, aber auch in Akten jener Verfahren, die nicht mit einer Abstellungs- oder Bußgeldverfügung enden, z.B. Verfahren, die mit Verpflichtungszusage nach § 32b GWB enden oder die nach § 47 Abs. 1 OWiG eingestellt werden. Auch die Erkenntnisse einer Sektoruntersuchung können von Nutzen sein. Einsicht in die Kronzeugenunterlagen ist weder per se notwendig noch in jedem Fall unnötig. Es kommt darauf an, ob die vom Schadensersatzkläger benötigten Angaben zum Verstoß und zur Betroffenheit sich auch dem restlichen Aktenmaterial entnehmen lassen und ob die Kronzeugeneinlassung überhaupt (überobligatorisch) Angaben zum kausalen Schaden und zu Schadenshöhe enthält.

Ein Gutteil der benötigten Informationen ist nicht öffentlich verfügbar und ist für den Anspruchsteller daher nur im Wege der Akteneinsicht zu erlangen. Die Akteneinsicht bei den Kartellbehörden ist zur Substantiierung des Schadensersatzanspruchs nach § 33 Abs. 1, 3 Satz 1 GWB somit notwendig.

IV. Zwischenergebnis

Die Ausführungen zum Stand privater Kartellrechtsdurchsetzung und den Problemen des Ersatzes von Kartellschäden haben Folgendes zu Tage gefördert:

1. Trotz intensiver Verfolgungstätigkeit der europäischen und deutschen Kartellbehörden, entstehen durch Kartelle und Marktbeherrschungsmissbräuche weiterhin jährlich immense Schäden für die Volkswirtschaft und die einzelnen Marktteilnehmer. Obwohl jedem Geschädigten ein Schadensersatzanspruch zusteht, werden längst nicht alle Schäden kompensiert.

2. Als Gründe für das Durchsetzungsdefizit kommen die Sorge um gefestigte Geschäftsbeziehungen, zu langes Warten und Unzulänglichkeiten des internationalen Privatrechts in Betracht. Das Hauptproblem besteht jedoch in der Informationsasymmetrie zwischen Schädiger und Geschädigten. Der potentielle Schadensersatzkläger leidet an einem strukturellen Informationsdefizit, das es ihm erheblich erschwert, seinen Anspruch zu substantiieren.

3. In den nicht veröffentlichten Akten der Kartellbehörden (Europäische Kommission, Bundeskartellamt, Landeskartellämter) können sich Informationen befinden, welche Geschädigte zu identifizieren und deren Schadensersatzansprüche zu begründen helfen.

Zur Lösung des Problems der Informationsasymmetrie bieten sich also Akteneinsichtsansprüche gegenüber den Kartellbehörden für Geschädigte und unmandatierte Rechtsanwälte an.

4. Zur Darlegung und ggf. Beweis der einzelnen Tatbestandsmerkmale des Schadensersatzanspruchs nach § 33 Abs. 1, 3 Satz 1 GWB haben alle potentiellen Anspruchsberechtigten Informationsbedürfnisse. Informationen werden hauptsächlich zum Nachweis des Verstoßes, der Stellung als Betroffener und des kausalen Schadens sowie der Schadenshöhe benötigt. Die erforderlichen Kenntnisse über die Identität der Anspruchsgegner, die räumliche Ausdehnung eines Kartells, die Marktstruktur, die Wettbewerbssituation, das Marktverhalten der Teilnehmer, die Absatzmärkte, -ketten und -zahlen sowie Umsatzerlöse, Herstellungs- und Betriebskosten finden sich in den Akten der Kartellbehörden, etwa im Volltext der Bußgeldentscheidung, in den Akten laufender Bußgeld- oder Untersagungsverfahren, aber auch in Akten anderer Verfahren, z.B. bei Sektoruntersuchungen oder Fusionskontrollverfahren. Da ein Großteil der benötigten Informationen nicht öffentlich verfügbar ist, kann der Anspruchsteller sie nur im Wege der Akteneinsicht bei den Kartellbehörden erlangen. Die Akteneinsicht bei den Kartellbehörden ist zur Substantiierung des Schadensersatzanspruchs nach § 33 Abs. 1, 3 Satz 1 GWB somit notwendig.

Die folgenden zwei Kapitel widmen sich nun der rechtlichen Begründung der Akteneinsichtsrechte der Kartellgeschädigten (§ 3) und dem eigenständigen Informationsrecht der Rechtsanwälte (§ 4).

§ 3 Der Informationsanspruch der vom Kartellschaden Betroffenen

I. Übersicht über bestehende Informationsansprüche der vom Kartellschaden Betroffenen

Zunächst soll dem Leser die Möglichkeit gegeben werden, sich einen Überblick über die Ansprüche des vom Kartellschaden Betroffenen zu verschaffen. Hierbei handelt es sich um Ansprüche des Kartellgeschädigten, der sich eines Rechtsanwalts bedienen kann, oder sogar muss. Der Rechtsanwalt handelt hier nur für seinen Mandanten. Er ist lediglich Vertreter.

1. Ansprüche gegen die EU-Kommission

a) Art. 27 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1/2003 (Kartellverfahrensverordnung) i.V.m. Art. 15 VO (EG) Nr. 773/2004 (Durchführungsverordnung)

Zu Wahrung der Verteidigungsrechte gewährt die Kommission den Parteien, an die sie eine Mitteilung der Beschwerdepunkte gerichtet hat, Akteneinsicht gemäß Art. 27 Abs. 2 VO (EG) 1/2003 i.V.m. Art. 15 VO (EG) Nr. 773/2004. Die Parteien sind diejenigen, gegen die sich das Verfahren richtet, also die Kartellanten, nicht aber Geschädigte oder sonstige Dritte.²⁷⁰ Nur Beschwerdeführer (Art. 7 VO (EG) Nr. 1/2003) kommen als Dritte in den Genuss eines Einsichtsrecht in bestimmte Teile der Verfahrensakte für den Fall, dass die Kommission ihre Absicht mitteilt, die Beschwerde zurückzuweisen, Art. 8 Abs. 1 VO (EG) Nr. 773/2004.²⁷¹ Unbestritten haben Kartellgeschädigte, die gleichzeitig weder Partei noch Beschwerdeführer sind, kein Recht auf Akteneinsicht nach der Kartellverfahrensverordnung und ihrer Durchführungsverordnung.²⁷²

b) Art. 2 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1049/2001 (Transparenzverordnung)

(i) Anspruch auf Dokumentenzugang

Hingegen steht dem Kartellgeschädigten ein Anspruch auf Dokumentenzugang auf Grundlage von Art. 2 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1049/2001 (Transparenzverordnung oder

²⁷⁰ Milde, S. 76.

²⁷¹ Europäische Kommission, Bekanntmachung zur Akteneinsicht in Kartellverfahren, ABl. 2005/C 325/07, Rn. 31; Lampert/Weidenbach, WRP 2007, 152, 153.

²⁷² Anstelle vieler Milde, S. 75ff; Lampert/Weidenbach, WRP 2007, 152, 153; Jüntgen, WuW 2007, 128, 130.

TransparenzVO) zu. Zwar war das Konkurrenzverhältnis von Kartellverfahrensverordnung und Transparenzverordnung Gegenstand von Meinungsstreitigkeiten in der Literatur.²⁷³ Das Gericht der Europäischen Union (EuG) stellt jedoch fest, dass es keine Bestimmung gebe, die den Vorrang der einen vor der anderen begründe.²⁷⁴ Bei der Anwendung einer Verordnung sei sicherzustellen, dass sie mit der Anwendung der jeweils anderen vereinbar sei.²⁷⁵ Diese kohärente Anwendung sei dadurch zu erreichen, dass die Ausnahmeregelungen, denen der Anspruch aus Art. 2 Abs. 1 TransparenzVO unterliegt, im Lichte der Kartellverfahrensverordnung auszulegen seien.²⁷⁶ Die TransparenzVO findet folglich auch im Kartellrecht Anwendung.²⁷⁷ Tatsächlich ist die Generaldirektion Wettbewerb im Vergleich zu den anderen Kommissionsdienststellen ein sehr beliebter Adressat von Auskunftersuchen auf Basis der TransparenzVO. Nur das Generalsekretariat und die Direktion Gesundheit und Verbraucher erhalten mehr Anträge.²⁷⁸

Laut Art. 2 Abs. 1 der TransparenzVO hat jeder Unionsbürger sowie jede natürliche oder juristische Person mit Wohnsitz oder Sitz in einem Mitgliedstaat²⁷⁹ vorbehaltlich der in der Verordnung festgelegten Grundsätze, Bedingungen und Einschränkungen ein Recht auf Zugang zu Dokumenten der Organe. Organe sind ausweislich von Art. 1 lit. b das Europäische Parlament, der Rat und die Kommission. Das Recht auf Zugang gilt für alle Dokumente eines Organs, das heißt Dokumente aus allen Tätigkeitsbereichen der Union, die von dem Organ erstellt wurden oder bei ihm eingegangen sind und sich in seinem Besitz befinden, Art. 2 Abs. 3. Die Kommission muss also nicht Urheber des Dokuments sein, zu welchem Zugang begehrt wird. Somit sind auch Kron-

²⁷³ Für die Ansicht, die Kartellverfahrensverordnung sei spezieller und abschließend und verdränge daher die Transparenzverordnung *Soltész/Marquier/Wendenburg*, EWS 2006, 102, 104ff; a.A. überzeugend *Tietje/Nowrot*, EWS 2006, 486, 487; zusammenfassend *Hölzel*, Kronzeugenregelungen im europäischen Wettbewerbsrecht. Ermittlungsinstrument unter Reformzwang, S. 208ff; *Kleine*, ZWeR 2007, 303, 305ff; sehr ausführlich *Milde*, S. 80ff. Nach Auswertung der ihrer Ansicht nach ambivalenten Rechtsprechung von EuG und EuGH, kommt sie nach Auslegung a Hand der Grundsätze *lex superior derogat legi inferiori*, *lex specialis derogat legi generali*, dem Wortlaut, der Systematik, dem Sinn und Zweck und der primärrechtskonformen Auslegung zum Ergebnis, dass sich kein unmittelbarer Vorrang der Kartellverfahrensverordnung begründen lässt.

²⁷⁴ T-380/08 – Bitumenkartell, Rn. 31.

²⁷⁵ T-380/08 – Bitumenkartell, Rn. 31.

²⁷⁶ T-380/08 – Bitumenkartell, Rn. 38ff. So im Ergebnis auch *Milde*, S. 103ff, 108.

²⁷⁷ Die Rspr. zum Konkurrenzverhältnis fasst zusammen *Frenz*, EuZW 2013, 778, 779f.

²⁷⁸ *Europäische Kommission*, Kommissionsbericht 2012 zur TransparenzVO, COM(2013) 515 final, S. 3, 14f.

²⁷⁹ Die Organe können vorbehaltlich der gleichen Grundsätze, Bedingungen und Einschränkungen auch allen natürlichen oder juristischen Personen, die keinen Wohnsitz oder Sitz in einem Mitgliedstaat haben, Zugang zu Dokumenten gewähren, Art. 2 Abs. 2.

zeugenanträge und damit einhergehende Einreichungen vom Zugangsrecht umfasst.²⁸⁰ Nicht erforderlich ist, dass ein Dokument in Form eines Stück Papiers vorliegt, denn ein Dokument ist gemäß Art. 3 lit. a wie folgt definiert: „Inhalte unabhängig von der Form des Datenträgers (auf Papier oder in elektronischer Form, Ton-, Bild- oder audiovisuelles Material), die einen Sachverhalt im Zusammenhang mit den Politiken, Maßnahmen oder Entscheidungen aus dem Zuständigkeitsbereich des Organs betreffen.“

Damit besteht im Grundsatz ein sehr weiter Anspruch auf Dokumentenzugang für jedermann, auch den nicht am Kartellbußgeldverfahren Beteiligten, etwa den Kartellgeschädigten.²⁸¹ Wie aber bereits in der Anspruchsgrundlage, Art. 2 Abs. 1, hingewiesen wird, steht der Anspruch unter Einschränkungen. Insbesondere der Zugang zu Kronzeugenanträgen und damit im Zusammenhang stehenden Einreichungen kann Einschränkungen unterliegen,²⁸² aber auch andere Aktenteile können betroffen sein. Einschlägig sind die Ausnahmeregelungen des Art. 4 Abs. 2 1. und 3. Spiegelstrich. Der Auffassung von *Milde*, Art. 4 Abs. 2 lit. a 3. Spiegelstrich (Schutz der Wirtschaftspolitik der Union) verwehre den Zugang zu jenen Kronzeugenunterlagen, ist entgegenzutreten.²⁸³

(ii) Einschränkungen

Bevor auf die einzelnen Ausnahmetatbestände eingegangen wird, ist erneut zu betonen, dass sich das Zugangsrecht auf alle Aktenbestandteile erstreckt. Ein genereller Ausschluss für eine Kategorie von Dokumenten besteht nicht, auch nicht für Kronzeugenunterlagen. Ein solcher genereller Ausschluss fände keine Stütze im EU- oder deutschen Recht. Auch Unions- und deutscher Gesetzgeber gehen davon aus, dass der Zugang zu Kronzeugenunterlagen derzeit nicht generell ausgeschlossen sei. Anders lassen sich Art. 6 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags und der verworfene Art. 81b des Gesetzesentwurfs für die achte GWB-Novelle nicht erklären.²⁸⁴

Des Weiteren ist allgemein zu beachten, dass die Ausnahmetatbestände eng auszulegen sind²⁸⁵ und die Versagungstatbestände den Anspruch nur hinsichtlich der ge-

²⁸⁰ *Milde*, S. 111.

²⁸¹ *Frenz*, EuZW 2013, 778, 779.

²⁸² Sehr ausführlich *Milde*, S. 115ff; *Jüntgen*, WuW 2007, 128, 130.

²⁸³ *Milde*, S. 119ff, 134.

²⁸⁴ OLG Hamm Beschluss vom 26.11.2013, III - 1 VAs 116/13 - 120/13 und 122/13 = OLG Hamm NZKart 2014, 107, 111.

²⁸⁵ T-2/03 – VKI, Rn. 105f; T-264/04 – WWF, Rn. 39.

heimhaltungsbedürftigen Informationen sperren, nicht aber die ganze Akte dem Zugang entziehen, § 7 Abs. 2 IFG.

(a) Art. 4 Abs. 1 lit. a 3. Spiegelstrich (Schutz der Wirtschaftspolitik der Union)

Gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. a 3. Spiegelstrich verweigert die Kommission im öffentlichen Interesse des Schutzes der Wirtschaftspolitik der Union oder eines Mitgliedstaates den Dokumentenzugang. In der Rechtsfolge ist sie gebunden.²⁸⁶ *Milde* vertritt die Auffassung, Art. 4 Abs. 2 lit. a 3. Spiegelstrich (Schutz der Wirtschaftspolitik der Union), verwehre den Zugang zu Kronzeugenunterlagen.²⁸⁷ Ihrer Meinung laufe grundsätzlich die Offenlegung jener Dokumente dem Schutz des öffentlichen Interesses im Hinblick auf die Wirtschaftspolitik der Union zuwider.²⁸⁸ Dem ist nicht zuzustimmen. Zum einen hält *Mildes* Argumentation systematischen Erwägungen nicht stand, und die von ihr angeführten Aussagen der Kommission lassen keinen eindeutigen Schluss zu. Zum anderen spricht der Wortlaut für ein gegenteiliges Ergebnis.

Milde argumentiert, das Kronzeugenprogramm und die Kronzeugenpolitik beeinflussen maßgeblich die Ausrichtung der Wettbewerbspolitik, und die Wettbewerbspolitik wiederum sei Teil der Wirtschaftspolitik.²⁸⁹ Dies verdeutliche zum einen Art. 120 S. 2 AEUV, wonach die Union „im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ handle und Art. 119 AEUV, welcher Mitgliedstaaten und Union in ihrem Handeln „dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet“. Die systematische Stellung im Titel VIII AEUV („Die Wirtschaftspolitik“) zeige, dass „die primärrechtlichen Vorgaben zur Wettbewerbspolitik Teil der Wirtschaftspolitik sind.“²⁹⁰ Dieser Schluss verfängt jedoch nicht. Das Kronzeugenprogramm kann nicht der Wirtschaftspolitik zugeordnet werden, da es Mittel zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts ist. Und das Wettbewerbsrecht ist nicht Teil der Wirtschaftspolitik. Ein Vergleich mit den anderen Alternativen im Tatbestand offenbart dies: Die in Art. 4 Abs. 1 lit. a 4. Spiegelstrich zusätzlich aufgezählten Politikbereiche Finanz- und Währungspolitik sind ebenfalls – zusammen mit der Wirtschaftspolitik – im Titel VIII AEUV geregelt. Es sollen also die in diesem Titel geregelten Politikbereiche, nicht aber in anderen Titeln niedergelegte Rechtsbereiche

²⁸⁶ *Partsch*, NJW 2001, 3154, 3156.

²⁸⁷ *Milde*, S. 119ff, 134.

²⁸⁸ *Milde*, S. 131.

²⁸⁹ *Milde*, S. 119f.

²⁹⁰ *Milde*, S. 119f.

(wie etwa Wettbewerbsregeln, Titel VII) geschützt werden. Das Wettbewerbsrecht, dem das Kronzeugenprogramm zuzuordnen ist, ist also nicht Teil der Wirtschaftspolitik, dessen Schutz Art. 4 Abs. 1 lit. a 4. Spiegelstrich TransparenzVO bezweckt. Nach Auffassung von *Milde* mache aber die Kommission in sog. amicus-curiae-Briefen oder Stellungnahmen deutlich, dass „die Wahrung von Vertraulichkeit zur Sicherstellung der Effektivität des Kronzeugenprogramms Teil der Politik der Kommission sei“ und sie interveniere, um die Integrität der Kronzeugenpolitik zu schützen.²⁹¹ Hierzu ist jedoch zu bemerken, dass die Kommission nicht von ihrer „Wirtschaftspolitik“ spricht, sondern lediglich von ihrer „Politik“ oder der „Kronzeugenpolitik“. An anderer Stelle nennt sie die Kronzeugenregelungen einen „Schlüsselaspekt der staatlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts“,²⁹² nicht ihrer Wettbewerbspolitik (oder gar Wirtschaftspolitik). Aus den Aussagen der Kommission lässt sich also nicht eindeutig ableiten, dass die Integrität der Kronzeugenregelung als Teil der Wirtschaftspolitik anzusehen ist. Im Gegenteil scheint sie hiervon nicht auszugehen. Soweit ersichtlich hat sie sich bisher in keinem kartellrechtlichen Verfahren auf Art. 4 Abs. 1 lit. a 4. Spiegelstrich gestützt. Dies läge aber nahe, denn der Vorteil jenes Versagungstatbestandes gegenüber den regelmäßig von der Kommission angeführten Fällen des Art. 4 Abs. 2 ist das Entfallen der Prüfung, ob ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung besteht.

Schließlich ergibt eine Auslegung nach dem Wortlaut, dass das Kronzeugenprogramm nicht Teil der Wirtschaftspolitik der Union ist. Die Ausnahmetatbestände der TransparenzVO sind eng auszulegen.²⁹³ Also ist auch der Begriff Politik eng zu verstehen. Das Wort Wirtschaftspolitik legt nahe, dass es sich bei dem Schutzobjekt nicht um bloßes Verwaltungshandeln zur Umsetzung geltenden Rechts dreht, sondern vielmehr das Politikmachen gemeint ist. Politik ist das „auf die Durchsetzung bestimmter Ziele, besonders im staatlichen Bereich, und auf die Gestaltung des öffentlichen Lebens gerichtete Handeln von Regierungen, Parlamenten, Parteien, Organisationen o.Ä.“²⁹⁴ Bezogen auf die EU ist Politik somit ein Prozess, in dem die verschiedenen Organe der Union den Zielen der Union entsprechend gestaltend tätig werden. Mittels Politik werden Probleme bewältigt, Ziele bestimmt oder neu ausgerichtet, gesell-

²⁹¹ *Milde*, S. 122.

²⁹² *Europäische Kommission*, Arbeitspapier Grünbuch, SEC(2005) 1732, Rn. 222.

²⁹³ Mit Verweis auf die st. Rspr. T-344/08 – EnBW, Rn. 41; *Frenz*, EuZW 2013, 778, 779.

²⁹⁴ *Kraif*, Duden - das große Fremdwörterbuch. Herkunft und Bedeutung der Fremdwörter, 4. Aufl., Politik. Zur besseren Lesbarkeit wurden die im Original abgekürzten Wörter ausgeschrieben.

schaftliche Kompromisse gefunden. Die Anwendung bereits bestehender Regeln kann nicht als Politik gelten. Dies zeigt sich auch am unterschiedlichen Inhalt des Kapitels „Wirtschaftspolitik“, Artt. 120-126 AEUV und dem Kapitel der „Wettbewerbsregeln“, Artt. 101-109 AEUV. Ausführungen zu den Zielen, Grundzügen und der allgemeinen Ausrichtung der Politik, finden sich im Kapitel über die Wirtschaftspolitik, Artt. 120f. AEUV, nicht aber im Kapitel der Wettbewerbsregeln. Die Führung des Kronzeugenprogramms ist mithin nicht Politik, sondern die Anwendung geltender Regeln. Sie ist Mittel zur Sicherstellung der vollen und praktischen Wirksamkeit der Kartellrechtsvorschriften. Die Kommission ist primärrechtlich verpflichtet, dem geltenden (Kartell-)Recht zur Wirksamkeit zu verhelfen. Politik betreibt sie dabei nicht. Somit spricht auch der Wortlaut gegen eine Einbeziehung des Kronzeugenprogramms unter den Begriff der Wirtschaftspolitik.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass aus Gründen der Systematik und des Wortlauts das Kronzeugenprogramm nicht unter Art. 4 Abs. 1 lit a 4. Spiegelstrich fällt. Auch die Europäische Kommission scheint diese Ansicht zu teilen. Die Ausnahme ist damit nicht einschlägig. Dem Kartellgeschädigten kann nicht auf Grund von Art. 4 Abs. 1 lit a 4. Spiegelstrich, dessen Bedeutung allgemein als gering eingeschätzt wird,²⁹⁵ der Zugang zu den Kommissionsdokumenten in Kartellverfahren verwehrt werden.

(b) Art. 4 Abs. 2 1. Spiegelstrich (Schutz geschäftlicher Interessen)

Der Zugang zu einem Dokument, durch dessen Verbreitung der Schutz der geschäftlichen Interessen einer natürlichen oder juristischen Person beeinträchtigt würde, ist zu verweigern, es sei denn, es besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung, Art. 4 Abs. 2 1. Spiegelstrich.

„Geschäftliche Interessen“ sind nicht in der TransparenzVO definiert. Es liegt nahe, dem Wortlaut nach davon auszugehen, dass der Begriff der geschäftlichen Interessen weiter ist als der der Geschäftsgeheimnisse.²⁹⁶ Dies sieht auch das EuG so und stellt fest, dass der Schutz von Geschäftsgeheimnissen auch von den geschäftlichen Interessen umfasst sei.²⁹⁷ Geschäftsgeheimnisse wiederum definiert das EuG als „Informationen, durch deren Preisgabe die Interessen des Auskunftgebers nicht nur dann, wenn sie an die Öffentlichkeit erfolgt, sondern auch bei bloßer Weitergabe an einen Dritten

²⁹⁵ *Beinker*, Ein Vergleich der europäischen Transparenzverordnung (EG) Nr. 1049/2001 mit dem deutschen Informationsfreiheitsgesetz, S. 80f.

²⁹⁶ *Kleine*, ZWeR 2007, 303, 309; zustimmend *Milde*, S. 135.

²⁹⁷ T-111/07 – Agrofert, Rn. 72.

schwer beeinträchtigt werden können.“²⁹⁸ Dabei wird nicht nur der Inhalt von Kronzeugenunterlagen als Geschäftsgeheimnis angesehen.²⁹⁹ Laut EuG spricht sogar auf Grund der gebotenen kohärenten Anwendung von Kartellverfahrens- und TransparenzVO eine allgemeine Vermutung dafür, dass im Kartellbußgeldverfahren von der Kommission gesammelte Informationen grundsätzlich dem Schutz der geschäftlichen Interessen der an einem solchen Verfahren beteiligten Unternehmen unterliegen und durch ihre Verbreitung die geschäftlichen Interessen der beteiligten Unternehmen beeinträchtigt würden.³⁰⁰ Der Geheimnisschutz entfällt nicht deshalb, weil die Kartellanten kartellrechtswidrig gehandelt haben.³⁰¹ Anerkannt wird zwar, dass ein öffentliches Interesse am Dokumentenzugang besteht, nämlich die Ermöglichung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, die wiederum Artt. 101, 102 AEUV zur vollen Wirksamkeit verhelfen soll.³⁰² Ein Überwiegen gegenüber dem Schutz der geschäftlichen Interessen, dem Vertrauensschutz und dem öffentlichen „Interesse an der Aufrechterhaltung einer effektiven behördlichen Durchsetzung“ wird aber abgelehnt.³⁰³ Das eigene Interesse des Kartellgeschädigten an der Durchsetzung seines Schadensersatzanspruchs ist als privates Interesse nicht berücksichtigungsfähig.³⁰⁴

Art. 4 Abs. 2 1. Spiegelstrich stellt somit eine weitreichende Einschränkung des Rechts auf Dokumentenzugang dar, die zu Gunsten der beteiligten Unternehmen, insbesondere der Kronzeugen, und zu Lasten der Kartellgeschädigten wirkt.

(c) Art. 4 Abs. 2 3. Spiegelstrich (Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten)

Auch Art. 4 Abs. 2 3. Spiegelstrich schränkt das Zugangsrecht aus Gründen des Schutzes des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten erheblich ein. Nicht die Tätigkeiten selbst sind Grund für den Schutz, sondern der dahinterliegende Zweck, also die effektive behördliche Verfolgung von Kartellen, wofür auch das Kronzeugenprogramm genutzt wird.³⁰⁵ Auch hier gilt die auf dem Kohärenzgebot fußende allgemeine Vermutung, dass die Verbreitung der von der Kommission im Kartellbuß-

²⁹⁸ T-353/94 – Postbank, Rn. 87.

²⁹⁹ Milde, S. 494f mwN.

³⁰⁰ T-380/08 – Bitumenkartell, Rn. 42.

³⁰¹ Milde, S. 137; a.A. Hölzel, S. 221.

³⁰² Tietje/Nowrot, EWS 2006, 486, 487; Milde, S. 158f; Kleine, ZWeR 2007, 303, 312.

³⁰³ Milde, S. 170ff; hält ein Unterliegen der geschäftlichen Interessen für möglich Kleine, ZWeR 2007, 303, 313.

³⁰⁴ Milde, S. 157; Łuszcz, EuZW 2012, 488, 489; Kleine, ZWeR 2007, 303, 312.

³⁰⁵ Milde, S. 141.

geldverfahren gesammelten Informationen grundsätzlich den Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten beeinträchtigt.³⁰⁶ Es besteht nämlich die Vermutung, dass Unternehmen vom Stellen eines Kronzeugenantrags absähen, wenn die Durchsetzung von Schadensersatzforderungen mittels Gewährung des Dokumentenzugangs erleichtert würde.³⁰⁷ Unter weniger Kronzeugenanträgen litte wiederum die gesamte behördliche Kartellrechtsdurchsetzung.³⁰⁸ Daher dürfen auch die Auswirkungen auf zukünftige Verfahren berücksichtigt werden.³⁰⁹ In der Abwägung stehen sich folglich behördliche und private Durchsetzung gegenüber. Ganz überwiegend fällt die Abwägung zu Gunsten der behördlichen Verfolgungstätigkeit aus.³¹⁰ Zudem würde bei Gewährung eines Zugangsrechts für Dritte die paradoxe Situation entstehen, dass die Verfahrensbeteiligten, die ihren Zugangsanspruch auf Art. 27 Abs. 2 VO (EG) 1/2003 i.V.m. Art. 15 VO (EG) Nr. 773/2004 stützen müssen, ein eingeschränkteres Recht hätten.³¹¹

(d) Exkurs: Die Vermutung zu Gunsten der behördlichen Verfolgungstätigkeit

Die soeben angesprochene Vermutung, weniger Kronzeugenanträge würden gestellt, wenn Schadensersatzkläger Zugang zu Kronzeugenunterlagen bekämen, ist weit verbreitet. Ich stimme dahingehend zu, dass es außer Zweifel steht, dass ein Kartellant, der einen Kronzeugenantrag stellt, ein Interesse daran hat, den Zugang zu seinen Einreichungen zu verhindern.³¹² Des Weiteren ist einleuchtend, dass die auf den Kronzeugenantrag folgende Zusammenarbeit mit der Behörde leiden könnte, wenn der Kronzeuge mit einer Einsicht in seine Einreichungen durch Geschädigte rechnen muss.³¹³ Nicht ohne Vorbehalte möchte ich allerdings die Ansicht teilen, dass die vorgelagerte Entscheidung, ob überhaupt ein Kronzeugenantrag gestellt wird oder nicht, entscheidend davon abhängt, ob den Verletzten Einsicht in Kronzeugenunterlagen

³⁰⁶ T-380/08 – Bitumenkartell, Rn. 42.

³⁰⁷ Milde, S. 173; Jüntgen, WuW 2007, 128, 130; Kellerbauer, ECLR 2014, 56, 57; Seitz, GRUR-RR 2012, 137, 139. Seitz weist darauf hin, dass ein Kronzeugenprogramm nicht allein der Aufdeckung von Kartellen dient, sondern auch ihre Entstehung verhindern hilft.

³⁰⁸ Milde, S. 173; Burholt, BB 2006, 2201, 2201; Fiedler/Huttenlauch, NZKart 2013, 350, 353.

³⁰⁹ So Kleine, ZWeR 2007, 303, 310f; a.A. Hölzel, S. 213ff.

³¹⁰ Kleine, ZWeR 2007, 303, 313.

³¹¹ Hölzel, S. 212.

³¹² Kellerbauer, ECLR 2014, 56, 57. Er bezeichnet es zu Recht als "obvious interest"; Hölzel, S. 50.

³¹³ Seitz, EuZW 2011, 598, 601.

gewährt wird.³¹⁴ Neben der Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme, welche mit der Akteneinsichtsmöglichkeit der Geschädigten steigt, ist zumindest auch die Ausgestaltung der Schadensersatzpflicht im Detail von Bedeutung für den Anreiz, das Kronzeugenprogramm in Anspruch zu nehmen.³¹⁵ Möglich erscheint zudem, dass ganz andere Erwägungen bei der Stellung eines Kronzeugenantrags die entscheidende Rolle spielen, z.B. die Vermeidung eines hohen Bußgeldes, die Sorge bei einem instabilen, auseinander zu fallen drohenden Kartell nicht der erste Antragsteller zu sein, oder der Wille einer neuen Geschäftsführung/neuer Eigentümer, „reinen Tisch“ zu machen.³¹⁶ Dass diese Gesichtspunkte weniger schwer wiegen als die Furcht vor Schadensersatzforderungen erscheint mir unwahrscheinlich. Hierfür spricht, dass auch vor der Entscheidung des EuGH in der Rs. Pfeiderer³¹⁷ Unternehmen nicht sicher sein konnten, dass Geschädigte keinen Zugang zu den Kronzeugenunterlagen bekommen.³¹⁸ Einen absoluten Schutz vor Einsicht in die Kronzeugenunterlagen gab es nie. So hat das Pfeiderer-Urteil auch nicht den befürchteten Schock ausgelöst und das Kronzeugenprogramm nicht in seinen Grundfesten erschüttert.³¹⁹

Jedenfalls gibt es keinen empirischen Beleg, dass die Gewährung von Akteneinsicht in Kronzeugenunterlagen das Kronzeugenprogramm gefährdet.³²⁰ Entsprechend vorsichtig formulieren der EuGH³²¹, die Europäische Kommission³²² und Kommentato-

³¹⁴ So aber *Wesselburg*, S. 61; hingegen hinterfragt auch Hempel auf Grund fehlender empirischer Erkenntnisse und eines umfassenden ökonomischen Modells diese Annahme *Hempel*, EuZW 2013, 586, 590.

³¹⁵ *Schwalbe/Höft*, Ausgestaltung von Kronzeugenprogrammen und private Kartellrechtsdurchsetzung, in: *Bechtold, Stefan/Jickeli, Joachim/Rohe, Mathias* (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb. Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, S. 624.

³¹⁶ a.A. *Hölzel*, S. 198. Hölzel hält die Aufdeckung des Kartells nur sekundär für den Ausdruck einer moralischen Wende.

³¹⁷ C-360/09 – Pfeiderer.

³¹⁸ *Singh*, ECLR 2014, 110, 117 mwN.

³¹⁹ *Völcker*, CMLR 2012, 695, 695f.

³²⁰ *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 464; *Krüger*, NZKart 2013, 483, 485; *Association of European Competition Law Judges*, Comments on the White Paper, Rn. 18; auch *Bien*, NZKart 2013, 481, 482. scheint nicht vollends vom Zusammenhang überzeugt zu sein: „Ob es entsprechender, zusätzlicher Anreize (Anreiz = Garantie der Nichtoffenlegung, Anm. des Verf.) zur Teilnahme am Kronzeugenprogramm tatsächlich bedarf, ist noch längst nicht ausgemacht. So plausibel die Sorge der Leniency-Petenten, sich vom Regen des Bußgeldes in die Traufe privater Schadensersatzklagen zu begeben, theoretisch ist – die Zahl der beim Bundeskartellamt eingehenden Bonusanträge steigt von Jahr zu Jahr.“

³²¹ C-536/11 – Donau Chemie, Rn. 33: „Schließlich könnte ein solcher allgemeiner Zugang auch öffentlichen Interessen wie dem Interesse an der Wirksamkeit der Politik zur Ahndung wettbewerbsrechtlicher Zuwiderhandlungen abträglich sein, da er die an einem Verstoß gegen die Art. 101 AEUV und 102 AEUV Beteiligten davon abhalten **könnte**, mit den Wettbewerbsbehörden zu kooperieren (vgl. in diesem Sinne Urteil Pfeiderer, Randnr. 27).“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

³²² *Europäische Kommission*, Amicus Curiae Brief im Fall National Grid, Rn. 17.1: „The Commission’s experience in operating its leniency programme is that leniency applicants fear that the disclosure of their corporate statements would particularly jeopardise their position in action of damages.“ Und

ren³²³ den Zusammenhang. So scheint man sich also einig zu sein, dass ein solcher Zusammenhang nicht sicher besteht. Der Ausschlag in der Abwägung zu Gunsten der behördlichen Verfolgungstätigkeit beruht also lediglich auf einer begründeten Vermutung. Dies erscheint mir problematisch. Es wäre wünschenswert, wenn alsbald möglich eine empirische Untersuchung angestrengt würde, die diesem Zusammenhang auf den Grund ginge. Bis zu einer abschließenden Klärung ist fraglich, zu wessen Lasten die bestehende Unsicherheit gehen darf. Ich vermute, der EuGH verlangt eine konkrete Einzelabwägung zwischen den widerstreitenden Interessen³²⁴ unter anderem auch aus dem Grunde, dass vorerst nicht allgemein einer Seite die Lasten dieser Unsicherheit aufgeladen werden sollen.

c) Art. 15 Abs. 3 AEUV

Das in Art. 15 Abs. 3 AEUV verbrieftete Recht auf Dokumentenzugang ist nicht unmittelbar anwendbar.³²⁵ Art. 15 Abs. 3 Ua. 2 AEUV stellt klar, dass das Recht auf Zugang zu Dokumenten durch den Gesetzgeber ausgestaltet wird. Art. 15 Abs. 3 AEUV ist daher weder unbedingt noch rechtlich vollkommen und kann somit nicht Anspruchsgrundlage sein.³²⁶ Allein der sekundärrechtlichen Ausgestaltung, Art. 2 Abs. 1 TransparenzVO, kommt Anspruchsqualität zu.

weiter in Rn. 18: "In any case, there seems to be a general perception amongst potential leniency applicants that disclosure of their corporate statements would particularly disadvantage them in action for damages compared to those parties that did not cooperate by exposing them to greater liability." ; *Europäische Kommission*, Richtlinienentwurf, Punkt 1.2: "Darüber hinaus dürfte die entstehende Unsicherheit in Bezug auf die mögliche Offenlegung von Informationen im Rahmen eines Kronzeugenprogramms die Entscheidung eines Unternehmens beeinflussen, mit der Wettbewerbsbehörde im Rahmen dieses Programms zusammenzuarbeiten." Und ErwG 19:

„Unternehmen könnten davon abgeschreckt werden, in diesem Zusammenhang mitzuwirken, wenn die Offenlegung von Unterlagen, die sie ausschließlich für diesen Zweck erstellen, für sie eine zivilrechtliche Haftung unter schlechteren Bedingungen zur Folge hätte als für Rechtsverletzer, die nicht mit den Wettbewerbsbehörden zusammenarbeiten.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

³²³ Seitz, EuZW 2011, 598, 601. Seitz schreibt: „Die Bereitschaft eines Kartellbeteiligten zur Kooperation mit den Behörden innerhalb eines Kronzeugenprogramms **könnte** eingeschränkt sein, wenn gleichzeitig der im Bußgeldverfahren erlangte Vorteil mit dem Risiko der Verschlechterung der Beweissituation im nachfolgenden Schadenersatzprozess „erkauft“ wird.“; *Fiedler/Huttenlauch*, NZKart 2013, 350, 353. Sie schreiben: "Unternehmen und ggf. natürliche Personen **wären möglicherweise** nicht mehr zu einer Kooperation mit den Behörden bereit." (Hervorhebungen durch den Verfasser).

³²⁴ Siehe unten § 3 II 3 b).

³²⁵ Krajewski/Rösslein in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EU-Kommentar, Art. 15 AEUV, Rn. 37; Schoo/Görlitz in: *Schwarze/Becker/Bär-Bouyssiè* (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl., Art. 15, Rn. 27.

³²⁶ *Milde*, S. 75.

2. Ansprüche gegen das Bundeskartellamt

Das Recht des Zugangs zu oder der Einsicht in Akten einer deutschen Kartellbehörde richtet sich nach deutschem Recht.³²⁷ Nur in den Fällen, in denen das fragliche Dokument sich zwar im Besitz der deutschen Kartellbehörden befindet, aber von der Kommission stammt, wird der Antrag auf Dokumentenzugang so beschieden, dass die Verwirklichung der Ziele der TransparenzVO nicht beeinträchtigt werden, Art. 5 TransparentVO.

a) **Kein Akteneinsichtsrecht des Kartellgeschädigten kraft GWB, OWiG oder VwVfG**

Für den Kartellgeschädigten, der zur Durchsetzung seiner Ansprüche Einsicht in die Akten der deutschen Kartellbehörden nehmen möchte, besteht kein spezieller Anspruch.³²⁸ Auch die in den sachnächsten Gesetzen normierten Akteneinsichtsrechte vermögen ihm nicht zu helfen.

§ 72 GWB hält nur ein Akteneinsichtsrecht für die gemäß § 67 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 sowie Abs. 2 GWB am Beschwerdeverfahren Beteiligten, also den Beschwerdeführer und die Kartellbehörden, vor³²⁹ und gilt nicht im Verfahren vor der Kartellbehörde.³³⁰ Dritten stellt das GWB kein Akteneinsichtsrecht zur Verfügung. Auch nicht auf Dritte anwendbar ist das in § 49 OWiG normierte Recht auf Akteneinsicht.³³¹ Es gilt nur für den vom Ordnungswidrigkeitenverfahren Betroffenen und die Behörden. Das daneben tretende Recht für den Betroffenen aus § 147 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1 OWiG hilft dem Kartellgeschädigten ebenfalls nicht. Schließlich vermag auch § 29 VwVfG dem Kartellgeschädigten keine Einsicht in die Akten des Kartellbußgeldverfahrens zu verschaffen, denn auch diese Vorschrift gilt nur für die Beteiligten, nicht jedoch für Dritte,³³² und findet zudem lediglich auf das Kartellverwaltungsverfahren Anwendung, gilt also nicht für die Akten des Ordnungswidrigkeitenverfahrens.³³³ Im Verwaltungsverfahren ist das Recht auf Akteneinsicht der Verfahrensbeteiligten Ausfluss des

³²⁷ Milde, S. 185.

³²⁸ Milde, S. 185.

³²⁹ Schmidt in: Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht, Bd. 2, § 72, Rn. 3; Stockmann in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Band 2, 1. Aufl., § 72, Rn. 1.

³³⁰ Schmidt in: Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht, Bd. 2, § 72, Rn. 1; Schoch, Informationsfreiheitsgesetz. Kommentar, 1. Aufl., § 1, Rn. 192.

³³¹ Lampert/Weidenbach, WRP 2007, 152, 159.

³³² Bohl, NVwZ 2005, 133, 139.

³³³ Lampert/Weidenbach, WRP 2007, 152, 158; Burholt, BB 2006, 2201, 2204.

Rechtsstaatsprinzips und dient der Verwirklichung des rechtlichen Gehörs.³³⁴ Es ist nicht zur Stärkung der Rechts des Verletzten gedacht.

b) § 406e StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 2. Hs. OWiG

Gemäß § 406e Abs. 1 S. 1 StPO kann für den Verletzten ein Rechtsanwalt die Akten, die dem Gericht vorliegen oder diesem im Falle der Erhebung der öffentlichen Klage vorzulegen wären, einsehen sowie amtlich verwahrte Beweisstücke besichtigen, soweit er hierfür ein berechtigtes Interesse darlegt. Diese strafprozessuale Vorschrift gilt gemäß § 46 Abs. 1, 3 S. 4 OWiG sinngemäß auch für das Bußgeldverfahren. Der Aktenbegriff ist weit zu verstehen und „erstreckt sich auf den gesamten Akteninhalt, d.h. bei Akten des Bundeskartellamts in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren auf Verfahrensakte, Betroffenen- und Unternehmensakten, Beweismittelakte und Asservate (Papier- und IT-Asservate).“³³⁵

(i) Anspruch auf Akteneinsicht

Ist der Kartellgeschädigte als Verletzter anzusehen und kann er ein berechtigtes Interesse darlegen,³³⁶ kann ein Rechtsanwalt für ihn Akteneinsicht nehmen. Ihm selbst können gemäß § 406e Abs. 5 StPO Auskünfte und Abschriften aus den Akten erteilt werden. Der Verletztenbegriff ist nicht legal definiert. Er wird nicht einheitlich, sondern aus dem Funktionszusammenhang bestimmt.³³⁷ Da § 406e StPO sinngemäß angewendet wird, sind bei der Auslegung des Begriffs des Verletzten die Besonderheiten des Kartellordnungswidrigkeitenverfahren zu beachten.³³⁸ Nach Ansicht der Rechtsprechung³³⁹ und überwiegender Meinung in der Literatur³⁴⁰ ist Verletzter, wer Betroffener im Sinne von § 33 Abs. 1 S. 1, 3 GWB ist, also als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß gegen eine Vorschrift des GWB, gegen Artikel 101 oder 102 AEUV oder eine Verfügung der Kartellbehörde beeinträchtigt ist. Somit ist der Kartellgeschädigte als Verletzter im Sinne von § 406e StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 OWiG anzusehen. Die Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche ist als be-

³³⁴ Hermann in: *Bader/Ronellenfitsch* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, 22. Aufl., § 29, Rn. 1.

³³⁵ *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 446.

³³⁶ Eine Glaubhaftmachung ist nicht erforderlich *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 448 mwN.

³³⁷ *Bundesregierung*, BT-Drs. 10/5305, S. 16.

³³⁸ *Milde*, S. 191.

³³⁹ OLG Düsseldorf Beschluss vom 22.08.2012, 4 Kart 5, 6/11 (OWi) = OLG Düsseldorf WuW/E DE-R, 3662, 3665.

³⁴⁰ *Milde*, S. 192.

rechtigtes Interesse anerkannt.³⁴¹ Hinsichtlich des Zugangs zu Kronzeugendokumenten möchte *Milde* das berechtigte Interesse insoweit eingeschränkt wissen, als eine Einsicht über § 406e StPO zivilrechtliche und zivilprozessuale Auskunft- und Vorlageansprüche umginge.³⁴² Eine derartige Einschränkung findet im Gesetz jedoch keine Stütze und wurde von der Rechtsprechung auch nicht aufgenommen.

Der Verletzte kann in jedem Stadium des Verfahrens Akteneinsicht beantragen. Der Anspruch besteht nicht erst, wenn der Bußgeldbescheid bestandskräftig oder gar rechtskräftig ist. Zwar setzt die Tatbestandswirkung des § 33 Abs. 4 S. 1 GWB eine bestandskräftige Entscheidung voraus. Sinn und Zweck dieser Regelung ist jedoch die Erleichterung privater Schadensersatzklagen. Aus ihr kann daher keine Beschränkung bezüglich des Zeitpunktes der Akteneinsicht entnommen werden. Der Verletzte würde dadurch auch schwer benachteiligt (erschwerter Beschaffung von beweisrelevanten Unterlagen, nachlassendes Erinnerungsvermögen von Zeugen), müsste er erst das Ende des häufig langwierigen Kartellordnungswidrigkeitenverfahrens abwarten.³⁴³

(ii) Einschränkungen

Der Anspruch unterliegt den Ausnahmen aus § 406e Abs. 2 StPO. Zudem ist die Verwendung der erlangten Informationen gemäß § 477 Abs. 5 i.V.m. § 406e Abs. 5 StPO beschränkt. So wie im Rahmen des Zugangs zu Dokumenten der Kommission interne Dokumente gemäß Art. 4 Abs. 3 TransparenzVO ausgenommen sind, besteht auch nach § 406e StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 OWiG kein Einsichtsrecht in interne Dokumente des Bundeskartellamts. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut, denn interne Akten werden dem Gericht nicht vorgelegt und sind ihnen nicht vorzulegen.³⁴⁴ In gesperrten Akten, § 96 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1 OWiG, darf keine Einsicht gewährt werden.³⁴⁵ Zwingende Versagungsgründe bilden die überwiegenden schutzwürdigen Interessen des Beschuldigten oder anderer Personen, § 406e Abs. 2 S. 1 StPO. Allerdings kommt eine teilweise Akteneinsicht in Betracht („soweit“). Darüber hinaus kann die Akteneinsicht versagt werden, „soweit der Untersuchungszweck, auch in einem anderen Strafverfahren, gefährdet erscheint,“ Abs. 2 S. 2, oder „wenn durch sie das Verfah-

³⁴¹ *Milde*, S. 203; *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 448.

³⁴² Sehr ausführlich *Milde*, S. 194ff.

³⁴³ *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 450.

³⁴⁴ *Milde*, S. 205f.

³⁴⁵ Die TransparenzVO enthält in Art. 9 Regelungen zur Behandlung sog. sensibler Dokumente.

ren erheblich verzögert würde (...),“ Abs. 2 S. 3. Die schutzwürdigen Interessen des Kronzeugen gemäß Abs. 2 S. 1 umfassen sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das Eigentumsrecht sowie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Eine einzelfallbezogene Abwägung kann dazu führen, dass sie als überwiegend bewertet werden und somit einer Akteneinsicht entgegenstehen.³⁴⁶ Es wurde vertreten, dass generell die Interessen von Bundeskartellamt, Bundeswirtschaftsministerium, dem Bund und auch der zukünftig durch Wettbewerbsverstöße Geschädigte an einem wirksamen Kronzeugenprogramm das Interesse an der Akteneinsicht überwiegen können.³⁴⁷ Demnach könnte der Zugang zu Kronzeugenunterlagen nach Abs. 2 S. 2 mit dem Hinweis auf die Gefährdung von Untersuchungstätigkeiten auch in Hinblick auf zukünftige Verfahren (teilweise) verwehrt werden.³⁴⁸ Diese Ansicht ist nicht mehr haltbar, seit das OLG Hamm für die parallele Regelung in § 477 Abs. 2 S. 1 1. Fall StPO entschieden hat, dass zur Versagung „die rein theoretische und abstrakte Möglichkeit, dass durch eine Übermittlung des Kronzeugenantrages oder des Teils der vertraulichen Fassung des Bescheids der Kommission die zukünftige Kooperationsbereitschaft potentieller Kartellanten herabgesetzt würde, mit der weiteren möglichen Folge, dass die Effektivität der Kartellverfolgung wesentlich verringert würde,“ nicht ausreiche, sondern es vielmehr einzelfallbezogener Gründe bedürfe.³⁴⁹ Gleiches muss für § 406e Abs. 2 S. 2 StPO gelten.³⁵⁰ Nicht zu erwarten ist eine Versagung der Akteneinsicht nach Abs. 2 S. 3. Regelmäßig dürfte die Einsichtnahme in die Akten nicht zu einer erheblichen Verfahrensverzögerung führen. Zudem kann dieser Versagungsgrund dem Antragsteller jedenfalls dann nicht mehr entgegengehalten werden, wenn das Ermittlungsverfahren abgeschlossen ist, was der Fall ist, wenn das Beschuldigtenschreiben zu den Verfahrensakten gelangt.³⁵¹

Schließlich unterliegt die Verwendung der erlangten Informationen gemäß § 477 Abs. 5 i.V.m. § 406e Abs. 5 StPO Einschränkungen. Danach dürfen die erlangten personenbezogenen Daten nur zu dem Zweck verwendet werden, für den die Auskunft oder Akteneinsicht gewährt wurde, also zur eigenen Rechtsverfolgung, nämlich der Durch-

³⁴⁶ *Milde*, S. 212ff.

³⁴⁷ *Milde*, S. 216ff.

³⁴⁸ Ausführlich *Milde*, S. 226ff.

³⁴⁹ OLG Hamm Beschluss vom 26.11.2013, III - 1 VAs 116/13 - 120/13 und 122/13 = OLG Hamm NZKart 2014, 107, 110.

³⁵⁰ *Heinichen*, NZKart 2014, 83, 89, Fn. 91.

³⁵¹ *Milde*, S. 233.

setzung des Schadensersatzanspruchs. Eine Verwendung für andere Zwecke ist zulässig, wenn dafür Auskunft oder Akteneinsicht gewährt werden dürfte und das Bundeskartellamt zustimmt.

Folglich besteht für den Kartellgeschädigten ein - durch einen Rechtsanwalt auszuübendes - Akteneinsichtsrecht gemäß § 406e StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 OWiG, welches allerdings insbesondere in Hinblick auf Kronzeugenunterlagen Beschränkungen unterliegt. Gewonnene personenbezogene Daten dürfen nur zweckgebunden verwendet werden.

c) § 475 StPO i.V.m. § 49b OWiG

Gemäß § 475 Abs. 1 S. 1 StPO i.V.m. § 49b OWiG können Privatpersonen und sonstige Stellen über einen Rechtsanwalt Auskünfte aus ordnungswidrigkeitsrechtlichen Akten erhalten, soweit hierfür ein berechtigtes Interesse darlegt wird. Auskünfte sind zu versagen, wenn der hiervon Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an der Versagung hat. Nach Abs. 2 kann auch Akteneinsicht gewährt werden, wenn die Erteilung von Auskünften einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern oder nach Darlegung dessen, der Akteneinsicht begehrt, zur Wahrnehmung des berechtigten Interesses nicht ausreichen würde. Auskünfte können auch Privatpersonen oder sonstigen Stellen selbst erteilt werden, Abs. 4. Für den Verletzten i.S.v. § 406e StPO ist § 475 StPO nicht anwendbar, also auch nicht für den Kartellgeschädigten.³⁵² Vertritt man die Auffassung, dass Kartellschadensersatzkläger, die aus abgetretenem Recht vorgehen, nicht Verletzte i.S.v. § 406e StPO seien,³⁵³ gilt für diese das Recht aus § 475 StPO.³⁵⁴ Gemäß Abs. 1 S. 2 sind Auskünfte zu versagen, wenn der hiervon Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an der Versagung hat. Schutzwürdige Interessen sind – wie auch in § 406e Abs. 2 S. 1 – insbesondere das Persönlichkeitsrecht, das Eigentumsrecht sowie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Kronzeugen und der anderen Kartellanten. Umstritten ist, ob die Auskunft bereits dann zu versagen ist, wenn ein solches Interesse besteht, oder ob mit dem Interesse des Auskunftsbeghernden abzuwägen ist.³⁵⁵ Selbst wenn abzuwägen wäre, geht der Anspruch nach § 475 Abs. 1 S. 1 StPO nicht weiter als der nach § 406e Abs. 1 StPO, da die Interessen eines Dritten

³⁵² Gieg in: *Hannich* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl., § 475, Rn. 1; Wittig in: *Graf* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar StPO*, 17. Aufl., § 475, Rn. 2.

³⁵³ *Milde*, S. 193.

³⁵⁴ *Milde*, S. 235.

³⁵⁵ Für eine Versagung ohne weitere Abwägung *Milde*, S. 237f; a.A. Gieg in: *KK StPO*, § 475, Rn. 6.

nicht schwerer wiegen als die eines Verletzten.³⁵⁶ Überwiegen also die Interessen der Betroffenen (Kronzeuge oder anderer Kartellteilnehmer) in einer Abwägung nach § 406e Abs. 2 S. 1 StPO, überwiegen sie auch im Rahmen von § 475 Abs. 1 S. 2 StPO. Der Zweck des Bußgeldverfahrens und die Gefährdung des Untersuchungszwecks in anderen Bußgeldverfahren finden nach § 477 Abs. 2 S. 1 StPO i.V.m. § 49b Nr. 3 OWiG Berücksichtigung. Hier wird auch die Gefahr von Verfahrensverzögerungen berücksichtigt,³⁵⁷ die anders als in § 406e Abs. 2 S. 3 StPO keine ausdrückliche Erwähnung gefunden hat.

d) § 1 Abs. 1 S. 1 IFG

§ 1 Abs. 1 S. 1 IFG verschafft jedermann einen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen gegenüber Behörden des Bundes, also auch dem Bundeskartellamt als Bundesoberbehörde.³⁵⁸ Die Glaubhaftmachung eines berechtigten oder gar rechtlichen Interesses ist nicht erforderlich; das Motiv des Einsichtsbegehrens ist irrelevant.³⁵⁹ Sogleich ist aber auch § 1 Abs. 3 IFG zu beachten, der lautet: „Regelungen in anderen Rechtsvorschriften über den Zugang zu amtlichen Informationen gehen mit Ausnahme des § 29 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und des § 25 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch vor.“³⁶⁰ Damit ist fraglich, ob auf Grund von § 1 Abs. 3 IFG dem Kartellgeschädigten ein Rückgriff auf das IFG verwehrt ist, weil er mit § 406e StPO bzw. im Falle der Abtretung gemäß § 475 StPO ein Akteneinsichts- und Auskunftsrecht hat. Grundsätzlich gilt zwar, dass „jedermann“ nicht nur unbeteiligte Dritte sind, sondern auch Verfahrensbeteiligte „jedermann“ sein können.³⁶¹ Jedoch tritt der Anspruch aus dem IFG gemäß § 1 Abs. 3 hinter besondere Einsichts- und Auskunftsansprüche zurück, „und zwar unabhängig davon, ob sie enger oder weiter

³⁵⁶ U.U. wiegt das Interesse eines Rechtsanwalts, der in seiner Funktion als Organ der Rechtspflege Einsicht beantragt, schwerer als das eines einzelnen Kartellgeschädigten, siehe unten § 4 III 3 b) (iii) (e).

³⁵⁷ Lampe in: *Senge/Boujong* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3. Aufl., § 49b, Rn. 20.

³⁵⁸ Schmidt/Bach in: *Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht*, Bd. 2, § 56 GWB, Rn. 13.

³⁵⁹ *Schoch*, § 1, Rn. 19; *Roth* in: *Berger/Roth/Scheel/Kollbeck* (Hrsg.), *Informationsfreiheitsgesetz. Kommentar*, 1. Aufl., § 3, Rn. 72.

³⁶⁰ Allgemein zur Bedeutung dieser Spezialitätsregelung und der Verdrängungsproblematik vgl. *Schoch*, § 1, Rn. 162ff; *Rossi*, *Informationsfreiheitsgesetz. Handkommentar*, 1. Aufl., § 1, Rn. 105ff; *Sitsen*, *Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes. Rechtsprobleme im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Informationszugang nach dem IFG*, S. 53ff; Schmidt/Bach in: *Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht*, Bd. 2, § 56 GWB, Rn. 13; *Berger* in: *Berger/Roth/Scheel/Kollbeck IFG*, § 1, Rn. 114ff.

³⁶¹ *Leopold*, *WuW* 2006, 592, 593; *Burholt*, *BB* 2006, 2201, 2202.

sind.“³⁶² Zur Bußgeldverfahrensakte hat der Verletzte deshalb nur nach Ordnungswidrigkeitenrecht, also § 406e Abs. 1 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 OWiG Zugang.³⁶³ Folgerichtig besteht für den Verletzten erst recht kein Zugang zu Kronzeugenunterlagen nach § 1 Abs. 1 S. 1 IFG.³⁶⁴ Hierüber besteht in der Literatur Einigkeit.³⁶⁵ So können Aktenteile, die auf Grund der Regelungen in den §§ 406e Abs. 2 und 475 Abs. 1 S. 2 StPO nicht eingesehen werden dürfen, auch nicht mit Hilfe des § 1 Abs. 1 IFG zugänglich gemacht werden.³⁶⁶ Deshalb kommt es gar nicht zur Prüfung der Ausnahme des § 3 Nr. 1 lit. g IFG (u.a. Schutz vor nachteiligen Auswirkungen auf die Durchführung ordnungswidrigkeitsrechtlicher Ermittlungen).³⁶⁷

Begehrt der Verletzte Zugang zu Informationen des Bundeskartellamts, die nicht Teil der Bußgeldverfahrensakte sind, z.B. zu den Akten einer Sektoruntersuchung oder einer Zusammenschlusskontrolle, steht ihm ein Anspruch aus § 1 Abs. 1 S. 1 IFG zu, da insoweit nicht die Sperrwirkung von § 1 Abs. 3 IFG gilt. Da § 29 VwVfG die Anwendung von § 1 Abs. 1 IFG ausdrücklich nicht sperrt, sondern die Ansprüche gleichrangig nebeneinander stehen,³⁶⁸ ist im Kartellverwaltungsverfahren § 1 Abs. 1 IFG anwendbar,³⁶⁹ und zwar „auch außerhalb laufender Verfahren und für Nicht-Verfahrensbeteiligte.“³⁷⁰ Allerdings – so lautet das Fazit von *Burholts* Untersuchung der Versagungsgründe der §§ 3-6 IFG – ist „in Kartell- und Fusionskontrollverfahren kaum ein Fall denkbar (...), in dem das Bundeskartellamt eine Information uneingeschränkt und gegen ihren Willen bzw. den Willen der beteiligten Unternehmen herausgeben muss.“³⁷¹ Überzeugend legt *Burholt* dar, dass Beratungen nach § 3 Nr. 3 b und der behördliche Entscheidungsprozess nach § 4 IFG besonders geschützt werden.³⁷² Allerdings werden diese Ausnahmetatbestände für den Kartellgeschädigten nur eine untergeordnete Rolle spielen. An den Aufzeichnungen, welche der Willensbildung und dem Entscheidungsprozess in der Sektoruntersuchung dienen, hat der

³⁶² *Burholt*, BB 2006, 2201, 2202; *Kugelman*, NJW 2005, 3609, 3611.

³⁶³ *Burholt*, BB 2006, 2201, 2204; *Schoch*, § 1, Rn. 192.

³⁶⁴ *Milde*, S. 187.

³⁶⁵ *Milde*, S. 186f; *Jüntgen*, WuW 2007, 128, 131.

³⁶⁶ *Milde*, S. 187.

³⁶⁷ *Milde*, S. 187; *Leopold*, WuW 2006, 592, 596.

³⁶⁸ *Hermann* in: BeckOK VwVfG, § 29, Rn. 48; *Schoch*, § 1, Rn. 203; *Ramsauer* in: *Kopp/Ramsauer* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, 13. Aufl., § 29, Rn. 48.

³⁶⁹ *Schoch*, § 1, Rn. 191.

³⁷⁰ *Berger* in: *Berger/Roth/Scheel/Kollbeck IFG*, § 1, Rn. 120.

³⁷¹ *Burholt*, BB 2006, 2201, 2207.

³⁷² *Burholt*, BB 2006, 2201, 2203f.

Kartellgeschädigte wenig Interesse und im Falle eines Fusionskontrollverfahrens kann er in Anbetracht der kurzen Fristen, § 40 GWB, den Abschluss des Verfahrens abwarten. Relevanter sind die Regelungen der § 3 Nr. 1 lit. g, § 6 S. 2, sowie § 3 Nr. 3 und 7 IFG. Auf Grund des Schutzes vor nachteiligen Auswirkungen auf die Durchführung ordnungswidrigkeitsrechtlicher Ermittlungen, § 3 Nr. 1 g IFG, des Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, § 6 S. 2 IFG, auf Grund besonderer Geheimhaltungspflichten, § 3 Nr. 4, und zum Schutz der vertraulichen Übermittlung von Informationen, § 3 Nr. 7 werde das Bundeskartellamt den Zugang versagen.³⁷³ Sinn und Zweck letztgenannter Vorschrift sei gerade der Schutz kooperationswilliger Unternehmen, die keine Sanktionen auf Grund ihrer Zusammenarbeit befürchten sollen.³⁷⁴ Die Zusage der Vertraulichkeit lasse sich aus Rn. 22 der Bonusregelung des Bundeskartellamts³⁷⁵ ableiten.³⁷⁶ Hierzu ist im Einzelnen folgendes zu bemerken: Die Versagung des Anspruchs zum Schutze der Durchführung ordnungswidrigkeitsrechtlicher Ermittlungen gemäß § 3 Nr. 1 lit. g IFG erinnert an den Schutz anderer Bußgeldverfahren nach § 406e Abs. 2 S. 2 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 2. Hs. OWiG. Allerdings ist letztere eine Ermessensentscheidung („kann versagt werden“), während nach § 3 IFG der Anspruch schlicht nicht besteht, wenn einer der öffentlichen Belange dem entgegensteht. Es ist durchaus denkbar, dass Informationen aus anderen als Bußgeldverfahrensakten (zunächst) zum Schutze ordnungswidrigkeitsrechtlicher Ermittlungen zurückgehalten werden müssen, z.B. wenn auf Grund der Erkenntnisse einer Sektoruntersuchung konkrete Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts kartellrechtswidrigen Verhaltens eingeleitet werden sollen. § 3 Nr. 1 lit. g IFG kann daher durchaus Anwendung finden. Ebenfalls relevant sind § 3 Nr. 4 IFG i.V.m. § 30 VwVfG und § 6 S. 2 IFG, die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse schützen. Eine Abwägung mit dem Interesse am Informationszugang ist nicht vorgesehen. Dieser, zumindest im Falle von § 6 S. 2 IFG absolute³⁷⁷ Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ist der entscheidende Unterschied zum Einsichtsrecht in die Akten der Ordnungswidrigkeitenverfahren, wo gemäß § 406e Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 2. Hs. OWiG eine Interessenabwägung stattfindet. Anders hingegen ist § 3 Nr. 7 IFG kaum von Bedeu-

³⁷³ *Burholt*, BB 2006, 2201, 2204f.

³⁷⁴ *Milde*, S. 188.

³⁷⁵ *Bundeskartellamt*, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung - vom 7. März 2006, Rn. 22.

³⁷⁶ *Milde*, S. 187; *Leopold*, WuW 2006, 592, 597.

³⁷⁷ *Burholt*, BB 2006, 2201, 2205.

tung. *Burholt* bezieht den Schutz vertraulich erhobener oder übermittelter Information nach § 3 Nr. 7 IFG hauptsächlich auf die Informationen von hinweisgebenden Kartellanten.³⁷⁸ Dabei ist das IFG überhaupt nicht auf die Akten der Ordnungswidrigkeitenverfahren anwendbar! Geht es um Informanten oder Hinweisgeber im Rahmen von Sektoruntersuchungen, so ist ihre Identität zu schützen.³⁷⁹ Ein fortwährendes Interesse an der Vertraulichkeit übermittelter Informationen im Sinne von § 3 Nr. 7 IFG dürfte jedoch regelmäßig nicht bestehen. Immerhin werden die Hinweise von den Kunden, Zulieferern oder Konkurrenten marktbeherrschender oder kartellierender Unternehmen deshalb gegeben, um Schritte gegen letztere zu ermöglichen.

Daneben versperrt § 3 Nr. 1 lit. d, „eine der stärksten Schutzvorschriften im IFG,“³⁸⁰ den Zugang, wenn das Bekanntwerden der Information nachteilige Auswirkungen auf die Kontroll- und Aufsichtsaufgaben der Wettbewerbsbehörden haben kann. Hierbei geht es um den Schutz besonders sensibler Daten, wie etwa Marktanteilsdaten und Marktabgrenzungskriterien, welche im Falle des Bekanntwerdens die Gefahr einer Verfälschung des Wettbewerbs bergen, denn Konkurrenten könnten Wettbewerber ausspähen, sich ein Marktinformationssystem schaffen und somit einen Wettbewerbsvorteil erlangen.³⁸¹ Neben der Fusionskontrolle,³⁸² und der Beobachtung von marktbeherrschenden Unternehmen³⁸³ wird auch die Aufdeckung und Verhinderung von Kartellabsprachen von den Kontroll- und Aufsichtsaufgaben i.S.v. § 3 Nr. 1 lit. d IFG erfasst.³⁸⁴ Auch wenn es dem Kartellgeschädigten nicht darum geht, einen Konkurrenten auszuspähen, wird es auf Grund von § 3 Nr. 1 lit. d IFG oftmals zur Versagung des Anspruchs kommen. Hier offenbart sich die Schwäche des IFG, welches blind für die Beweggründe der Antragsteller ist.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass § 1 Abs. 1 S. 1 IFG dem Kartellgeschädigten einen Informationsanspruch gegen das Bundeskartellamt zugesteht. Hiernach wird kein Zugang zu den Akten der Ordnungswidrigkeitenverfahren gewährt, weil insoweit § 406e StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 2. Hs. OWiG einschlägig ist, § 1 Abs. 3 IFG. Der Schutz ordnungswidrigkeitsrechtlicher Ermittlungen wird über § 3 Nr. 1 lit. g IFG ge-

³⁷⁸ *Burholt*, BB 2006, 2201, 2205.

³⁷⁹ Zum Schutz personenbezogener Daten siehe § 5 IFG.

³⁸⁰ *Leopold*, WuW 2006, 592, 595.

³⁸¹ *Leopold*, WuW 2006, 592, 595; *Burholt*, BB 2006, 2201, 2203.

³⁸² *Leopold*, WuW 2006, 592, 595; *Burholt*, BB 2006, 2201, 2203.

³⁸³ *Burholt*, BB 2006, 2201, 2203.

³⁸⁴ Dieser Ansicht ist *Burholt*, BB 2006, 2201, 2203.

währt. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werden gemäß § 3 Nr. 4 IFG i.V.m. § 30 VwVfG und § 6 S. 2 IFG geschützt. Im Vergleich zum Einsichtsrecht nach § 406e StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 2. Hs. OWiG ist das Regime des IFG deutlich rigider. Eine teilweise Informationsgewährung ist zwar möglich, § 7 Abs. 2 IFG. Hinsichtlich der geschützten Informationen wird der Anspruch aber versagt, ohne dass eine Abwägung mit dem Interesse am Informationszugang stattfindet oder dem Bundeskartellamt wenigstens ein Ermessen zukommt. Zudem ist der Anspruch zu versagen, wenn das Bekanntwerden der Information nachteilige Auswirkungen auf die Kontroll- oder Aufsichtsaufgaben des Bundeskartellamts haben kann, § 3 Nr. 1 lit. d IFG, obwohl der Kartellgeschädigte gar nicht im Sinn hat, einen Wettbewerber auszuspähen oder sich Marktinformationen zu Geschäftszwecken zu besorgen. Weder das Interesse des einzelnen Kartellgeschädigten an der Durchsetzung seines Schadensersatzanspruches noch das öffentliche Interesse an einer wirksamen privaten Kartellrechtspflege finden dabei im IFG Berücksichtigung.

3. Ansprüche gegen die Landeskartellämter

Der Zugang zu den Akten der Landeskartellämter wird in der Literatur kaum thematisiert, da er in der Praxis von nur untergeordneter Bedeutung sei.³⁸⁵ Angesichts der Masse an Verfahren, welche die Landeskartellämter bewältigen,³⁸⁶ erstaunt dies. Gerade weil bisher keine oder kaum Schadensersatzklagen erhoben wurden, die Entscheidungen von Landeskartellämtern nachfolgten, verdienen die Informationsansprüche gegen die Landeskartellämter einige Aufmerksamkeit.

a) *Verwaltungsverfahrensrecht*

Insofern als die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder auf das VwVfG des Bundes verweisen,³⁸⁷ gilt das zu § 29 VwVfG des Bundes Geschriebene³⁸⁸: Es statuiert nur ein Recht des vom Verwaltungsverfahren Betroffenen und gilt zudem nur im Kartellverwaltungsverfahren, nicht im Bußgeldverfahren. Ebenso verhält es sich in den restli-

³⁸⁵ *Milde*, S. 185.

³⁸⁶ Siehe oben § 2 I 1 a).

³⁸⁷ So § 1 Abs. 1 NVwVfG, § 1 Abs. 1 VwVfG RLP und § 1 Abs. 1 VwVfG LSA.

³⁸⁸ Siehe oben § 3 I 2 a).

chen Bundesländer. Auch deren VwVfG kennen nur das Akteneinsichtsrecht der Beteiligten.³⁸⁹

b) Ordnungswidrigkeitenrecht

Gemäß § 48 Abs. 1 GWB sind Kartellbehörden das Bundeskartellamt, das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie und die nach Landesrecht zuständigen obersten Landesbehörden. Letztere sind gemäß Abs. 2 - vorbehaltlich spezieller Zuweisungen - in allen Fällen zuständig, in denen nicht das Bundeskartellamt die im GWB genannten Befugnisse wahrnimmt.³⁹⁰ Die Landeskartellämter sind im Rahmen ihrer Zuständigkeit somit auch zuständige Behörde im Ordnungswidrigkeitenverfahren (Kartellbußgeldverfahren) im Sinne von § 81 Abs. 10 Nr. 3 i.V.m. § 36 Abs. 1 Nr. 1 OWiG. Folglich gelten auch die ordnungswidrigkeitsrechtlichen Informationsansprüche gegen sie. Der Kartellgeschädigte hat also auch gegen die Landeskartellämter einen Akteneinsichtsanspruch aus § 406e StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 OWiG. Wer sich eine Schadensersatzforderung hat abtreten lassen, erhält bei den Landeskartellämtern Akteneinsicht oder Auskunft nach § 475 Abs. 1 S. 1 StPO i.V.m. § 49b OWiG. Ebenso gelten die oben dargestellten Einschränkungen der Ansprüche. Auch die Landeskartellbehörden sichern in ihren Bonusregelungen Kronzeugen Vertraulichkeit zu.³⁹¹

c) Informationsfreiheitsgesetze der Länder

Vergleichbar dem IFG des Bundes³⁹² gewähren auch die Informationsfreiheitsgesetze der Länder Zugang zu Informationen der Landeskartellbehörden.³⁹³

4. Ansprüche gegen das Bundeswirtschaftsministerium

Gemäß § 48 Abs. 1 GWB ist auch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie Kartellbehörde. Vom Weisungsrecht gegenüber dem Bundeskartellamt abgese-

³⁸⁹ § 29 VwVfG BW, § 29 BayVwVfG, § 4a BlnVwVfG, § 5 VwVfGBbg, § 29 BremVwVfG, § 29 HmbVwVfG, § 29 HessVwVfG, § 29 VwVfG M-V, § 29 VwVfG NRW, § 29 SVwVfG, § 29 SächsVwVfG, § 88 LVwVG und § 29 ThürVwVfG.

³⁹⁰ Das Bundeskartellamt ist zuständig, wenn die Wirkung des wettbewerbsbeschränkenden oder diskriminierenden Verhaltens oder einer Wettbewerbsregel über das Gebiet eines Landes hinausreicht, § 48 Abs. 2 S. 1 GWB.

³⁹¹ Beispielhaft genannt seien *Landeskartellbehörde Bayern*, Erlass und Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung, Rn. 22; *Hessische Landeskartellbehörde*, Bekanntmachung über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung -, Rn. 22.

³⁹² Der Anspruch nach § 1 Abs. 1 S. 1 IFG gilt nur gegen Behörden des Bundes.

³⁹³ *Leopold*, WuW 2006, 592, 592f.

hen,³⁹⁴ ist das Bundesministerium nur noch für die sogenannte Ministererlaubnis nach § 42 GWB im Rahmen der Fusionskontrolle zuständig. Da die Zusammenschlusskontrolle kein Bußgeldverfahren ist, finden die Informationsansprüche aus dem Ordnungswidrigkeitenrecht keine Anwendung. Es gelten die Beteiligtenrechte im Verwaltungsverfahren nach den §§ 54ff. GWB. Lediglich nach § 1 Abs. 1 S. 1 IFG hat ein Kartellgeschädigter einen Informationsanspruch, dem wiederum die Versagungstatbestände des § 3 Nr. 1 lit d und g IFG, § 3 Nr. 4 IFG i.V.m. § 30 VwVfG und § 6 S. 2 IFG gegenüber stehen.

5. Zwischenergebnis

Sowohl gegen die Europäische Kommission als auch gegen die deutschen Kartellbehörden steht dem Kartellgeschädigten ein Informationsanspruch zu. Will der Kartellgeschädigte Zugang zu den Dokumenten der Europäischen Kommission, kann er sich auf Art. 2 Abs. 1 TransparenzVO berufen. Während die Ausnahme vom Zugangsanspruch zum Schutze der Wirtschaftspolitik der Union, Art. 4 Abs. 1 lit. a 3. Spiegelstrich TransparenzVO, nicht eingreift, wird der Kartellgeschädigte regelmäßig mit Art. 4 Abs. 2 1. Spiegelstrich (Schutz geschäftlicher Interessen) und Art. 4 Abs. 2 3. Spiegelstrich (Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten) konfrontiert sein. Das private Interesse an der Durchsetzung seines Kartellschadensersatzanspruches kann der kartellgeschädigte Antragsteller nicht in die Waagschale werfen. Berücksichtigungsfähig ist das öffentliche Interesse an einer funktionierenden privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Dieses überwiegt jedoch nur selten das ebenfalls öffentliche Interesse an einer effektiven behördlichen Verfolgung kartellrechtswidrigen Verhaltens. Möchte der Kartellgeschädigte Einsicht in die Akten der Ordnungswidrigkeitenverfahren beim Bundeskartellamt oder einem Landeskartellamt nehmen, so kann er dies mit Hilfe eines Rechtsanwalts auf der Grundlage von § 406e Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 2. Hs. OWiG tun. Auch dieser Anspruch unterliegt Einschränkungen. Den schutzwürdigen Interessen der von der Einsicht Betroffenen und Dritter wird in § 406e Abs. 2 S. 1 StPO Rechnung getragen. Der Untersuchungszweck des Ordnungswidrigkeitenverfahrens wird über § 406e Abs. 2 S. 2 StPO geschützt, wobei die Akteneinsicht zum Schutze anderer Verfahren nur bei konkreter Gefährdung verwehrt werden kann, nicht jedoch mit dem Hinweis auf eine ge-

³⁹⁴ Genauer zum Weisungsrecht bei Klose in: *Wiedemann* (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 2. Aufl., § 53 Rn. 2.

nerelle Gefährdung der Bonusregelung. Schließlich kann die Akteneinsicht verweigert werden, wenn diese zu einer erheblichen Verfahrensverzögerung führen würde, § 406e Abs. 2 S. 3 StPO. Betreffend Akten des Bundeskartellamts, die nicht Akten eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens sind, und Akten des Bundeswirtschaftsministeriums, welche ein Verfahren nach § 42 GWB betreffen, hat der Kartellgeschädigte einen Informationsanspruch nach § 1 Abs. 1 S. 1 IFG. Dieser unterliegt weitreichenden Einschränkungen. Oft wird auf Grund von § 3 Nr. 1 lit d und g IFG (Schutz der Kontroll- oder Aufsichtsaufgaben der Wettbewerbsbehörden und der Durchführung ordnungswidrigkeitsrechtlicher Ermittlungen), § 3 Nr. 4 IFG i.V.m. § 30 VwVfG und § 6 S. 2 IFG (Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen) die Auskunft oder Einsicht, zumindest teilweise, versagt werden. Für Informationsersuchen an die Landeskartellbehörden, die nicht Akten der Ordnungswidrigkeitenverfahren betreffen, gilt das jeweilige Informationsfreiheitsgesetz des Landes.

II. Europarechtliche Erforderlichkeit des Bestehens von Informationsansprüchen der vom Kartellschaden Betroffenen und Vorgaben für ihre Ausgestaltung

Hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs des Kartellgeschädigten wird vertreten, dass dessen Wurzel dahinstehen könne.³⁹⁵ Es sei nicht wichtig, ob es sich um einen aus dem EU-Recht fließenden Anspruch handele oder das EU-Recht lediglich (sehr konkrete) Vorgaben zur Ausgestaltung der bestehenden Schadensersatzansprüche im nationalen Recht mache.³⁹⁶ Gleiches könnte man für den Informationsanspruch des Geschädigten vertreten. Die oben dargestellten Ansprüche bestehen jedenfalls. Ich möchte dies jedoch nicht dahinstehen lassen, sondern mich der Frage annehmen, ob sich ein Informationsanspruch des Geschädigten direkt aus dem EU-Recht ergibt. Gäbe es die oben dargestellten, einfachgesetzlichen Ansprüche nicht, hätte ein Kartellgeschädigter trotzdem einen selbstständigen, im EU-Primärrecht verbürgten Anspruch auf Akteneinsicht? Wenn nicht, verlangt das EU-Primärrecht, dass Mitgliedstaaten einen Informationsanspruch für den Kartellgeschädigten vorhalten und wenn ja, welchen Vorgaben muss ein solcher genügen? Die Beantwortung dieser Fragen erleichtert auch die Beantwortung anderer Fragen, die sich im weiteren Verlauf der Un-

³⁹⁵ *Wagner*, AcP 2006, 352, 420.

³⁹⁶ *Wagner*, S. 605, 614; zustimmend *Alexander*, S. 328.

tersuchung stellen werden. Übrigens, auch die Herleitung des Anspruchs auf Schadensersatz – so wird die Arbeit später aufzeigen³⁹⁷ – kann nicht dahinstehen.³⁹⁸

1. Meinungsstand in der Literatur

Zunächst soll untersucht werden, welche Auffassungen in der Literatur zum Ursprung des Akteneinsichtsrechts vertreten werden.

Die durchgreifenden Ansprüche gegen das Bundeskartellamt entstammen dem Ordnungswidrigkeitenrecht. Auf jene Wurzeln wird als Argumentationshilfe bei der Bewältigung bestimmter Streitfragen verwiesen.³⁹⁹ Mit der Frage, ob ein Akteneinsichtsrecht des Kartellgeschädigten gegen das Bundeskartellamt auch dann bestünde, wenn es die ordnungswidrigkeitsrechtlichen Ansprüche und den im Falle ihres Fehlens auflebenden Anspruch aus § 1 Abs. 1 S. 1 IFG nicht gäbe, setzt sich bisher kein Beitrag auseinander.⁴⁰⁰

Geht es um den Dokumentenzugangsanspruch gegen die Europäische Kommission kraft Art. 2 Abs. 1 TransparenzVO, wird darauf verwiesen, dass Grundlage der TransparenzVO Art. 15 AEUV sei. Aus jener Vorschrift selbst ergebe sich aber kein Anspruch.⁴⁰¹ Dass sich ein allgemeiner, auf dem Demokratie- und Transparenzprinzip fußender Dokumentenzugangsanspruch nicht direkt aus Verträgen ergibt, schließt meines Erachtens nicht aus, dass das EU-Primärrecht einen besonderen Informationsanspruch für den Kartellgeschädigten vorhält. Ob ein solcher Anspruch besteht, untersucht die Literatur nicht.⁴⁰²

Zum Ursprung des Akteneinsichtsrechts direkt äußert sich die deutsche Literatur also nicht.

Hingegen mit dem Ursprung des Schadensersatzanspruchs des Kartellgeschädigten beschäftigt sich die Literatur ausgiebig.⁴⁰³ Dreierlei Hauptansichten werden vertreten: Es handele sich um einen Anspruch im EU-Recht; der Schadensersatzanspruch

³⁹⁷ Siehe unten § 4 II 4 c) (i).

³⁹⁸ Neben der in dieser Arbeit behandelten Frage kann die dogmatische Verankerung auch in Hinblick auf die Unionskompetenz zur Einführung kollektiver Rechtsschutzmechanismen auf Grundlage von Art. 103 AEUV nicht dahinstehen, siehe *Saam*, S. 178ff.

³⁹⁹ *Mäger/et al.*, WuW 2009, 885, 888f.

⁴⁰⁰ *Milde*, S. 185ff; *Mäger/et al.*, WuW 2009, 885, 886ff; *Dreher*, ZWeR 2008, 325, 334ff; *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 443ff; *Burholt*, BB 2006, 2201, 2201ff; *Lampert/Weidenbach*, WRP 2007, 152, 157ff; *Westhoff*, S. 122ff.

⁴⁰¹ Siehe oben § 3 I 1 c).

⁴⁰² *Frenz*, EuZW 2013, 778, 779ff; *Kleine*, ZWeR 2007, 303, 303ff; *Lampert/Weidenbach*, WRP 2007, 152, 153ff; *Łuszcz*, EuZW 2012, 488, 489ff; *Westhoff*, S. 119ff.

⁴⁰³ *Wagner*, S. 605, 614ff; *Wagner*, AcP 2006, 352, 404. Darüber hinaus siehe unten § 4 II 4 c) (i).

sei allein im nationalen Recht verwurzelt; und die Herkunft könne dahinstehen, da sie praktisch keine Auswirkungen zeitige.⁴⁰⁴ Das Bestehen des Schadensersatzanspruchs, welchen Ursprungs er auch sei, ist der Grund für das Akteneinsichtsbegehren des Kartellgeschädigten. Die Akteneinsicht soll es ihm allein erleichtern, seinen Anspruch zu substantiieren. Zu anderen Zwecken, etwa zu Ausforschung von Konkurrenten, sollen Akteneinsichtsansprüche gerade nicht dienen. Also ist das Recht auf Akteneinsicht akzessorisch zum Anspruch auf Schadensersatz. Daraus wird man zwei Schlüsse ziehen dürfen. Erstens: Wäre die Wurzel des Schadensersatzanspruches unerheblich,⁴⁰⁵ so müsste dies auch für den Akteneinsichtsanspruch gelten. Es käme für beide praktisch lediglich darauf an, wie dicht die Vorgaben des EU-Rechts für die Ausgestaltung der nationalen Ansprüche wären. Zweitens: Entspränge der Schadensersatzanspruch allein dem nationalen Recht, so könnte für das akzessorische Recht auf Akteneinsicht nichts anderes gelten. Die Verbürgung eines Hilfsinstrumentes im EU-Recht, dessen Hauptanspruch aber nicht selbst durch EU-Recht geregelt wird, erschiene höchst ungewöhnlich. Ein dritter Schluss lässt sich jedoch nicht ohne weiteres ziehen: Vertritt man, der Schadensersatzanspruch sei im EU-Recht verankert, so folgt daraus nicht zwingend, dass dies auch für das Recht auf Akteneinsicht gelten muss. Als Mittel zur Erleichterung der Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs kann es auch dem nationalen Verfahrensrecht zugeordnet sein, welches „nur“ an den Grundsätzen der Äquivalenz und der Effektivität gemessen wird. Wie später dargelegt wird,⁴⁰⁶ ist die Auffassung, der Schadensersatzanspruch ergebe sich unmittelbar aus dem EU-Recht vorzugswürdig. Da sich aber daraus kein zwingender Schluss für das Akteneinsichtsrecht ergibt, ergibt sich auch nicht indirekt aus den Beiträgen in der Literatur ein Meinungsbild zur Verwurzelung des Akteneinsichtsrechts des Kartellgeschädigten.

2. Folgerungen aus der Rechtsprechung des EuGH und des EuG

Da sich in der Literatur noch keine Meinung gebildet hat, wird sich der Frage an Hand der Rechtsprechung der europäischen Gerichte genähert.

⁴⁰⁴ *Wagner*, S. 614; zustimmend *Alexander*, S. 328.

⁴⁰⁵ *Wagner*, S. 605, 614.

⁴⁰⁶ Siehe unten § 4 II 4 c) (i).

a) Der EuGH zur Frage des Ursprungs von Informationsansprüchen

Die Sichtweise des EuGH zur Frage des Ursprungs von Informationsansprüchen Kartellgeschädigter kommt deutlich in den Urteilen *Pfleiderer* (2011)⁴⁰⁷ und *Donau Chemie* (2013)⁴⁰⁸ zum Ausdruck.

In der Rs. *Pfleiderer* führt der EuGH aus:

Rn. 20: „Es ist außerdem festzustellen, dass weder die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags noch die Verordnung Nr. 1/2003 eine gemeinsame Kronzeugenregelung oder gemeinsame Vorschriften über den Zugang zu Dokumenten eines Kronzeugenverfahrens, die in Anwendung einer nationalen Kronzeugenregelung freiwillig einer nationalen Wettbewerbsbehörde übermittelt wurden, vorsehen.“

(...)

Rn. 23: „Daher ist es, auch wenn die Leitlinien der Kommission Auswirkungen auf die Praxis der nationalen Wettbewerbsbehörden haben können, in Ermangelung einer verbindlichen unionsrechtlichen Regelung in diesem Bereich Sache der Mitgliedstaaten, die nationalen Vorschriften über den Zugang von Kartellgeschädigten zu Dokumenten, die Kronzeugenverfahren betreffen, zu erlassen und anzuwenden.“

Im Urteil in der Rs. *Donau Chemie* heißt es:

Rn. 25 „Mangels einer einschlägigen Regelung der Union obliegt es der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten, die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln, die den Schutz der dem Einzelnen aus der unmittelbaren Wirkung des Unionsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten sollen.“

⁴⁰⁷ C-360/09 – *Pfleiderer*.

⁴⁰⁸ C-536/11 – *Donau Chemie*. Der EuGH hatte folgende Vorlagefrage zu beantworten: „Steht das Unionsrecht, insbesondere im Hinblick auf das Urteil *Pfleiderer*, einer nationalen kartellrechtlichen Bestimmung entgegen, welche die Gewährung der Einsicht in Akten des Kartellgerichts durch nicht am Verfahren beteiligte Dritte zum Zweck der Vorbereitung von Schadensersatzklagen gegen Kartellteilnehmer (auch) in Verfahren, in denen Art. 101 AEUV oder Art. 102 AEUV in Verbindung mit der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. 2003, L 1, S. 1) angewendet wurde, ausnahmslos von der Zustimmung aller Verfahrensparteien abhängig macht und dem Gericht eine Abwägung der unionsrechtlich geschützten Interessen zur Festlegung der Voraussetzungen, unter denen die Akteneinsicht gewährt oder verweigert wird, im Einzelfall nicht ermöglicht?“ (Rn. 13). Der österreichische Gesetzgeber hatte also nicht de jure den Vorrang des Interesses der Bundeswettbewerbsbehörde am Kronzeugenprogramm zementiert, wohl aber de facto mittels Übertragung der Entscheidungskompetenz auf die Verfahrensparteien. Vgl. hierzu *Palzer*, NZKart 2013, 324, 325.

Rn. 26: „Was speziell die Verfahrensmodalitäten bei Schadensersatzklagen wegen Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln angeht, ist es Sache der Mitgliedstaaten, die nationalen Vorschriften zu erlassen und anzuwenden, die das Recht der sich durch ein Kartell für geschädigt haltenden Personen auf Zugang zu Dokumenten regeln, die nationale Verfahren hinsichtlich dieses Kartells betreffen (vgl. in diesem Sinne Urteil Pfeiderer, Randnr. 23).“

Anders als das Recht auf Schadensersatz selbst, welches der EuGH im EU-Recht verortet,⁴⁰⁹ wird das Dokumentenzugangsrecht des Kartellgeschädigten als Verfahrensrecht eingestuft, dessen Regelung in der Kompetenz der Mitgliedstaaten liege. Damit stellt der EuGH gleichsam fest, dass das Recht auf Dokumentenzugang nicht aus dem Unionsrecht erwächst.

Der Sichtweise des Gerichtshofs ist zuzustimmen. Zwischen dem Recht auf Schadensersatz und dem Informationsanspruch besteht nämlich ein entscheidender Unterschied.

Das Recht auf Schadensersatz wegen Verstößen gegen die EU-Wettbewerbsvorschriften rechtfertigt sich nicht nur aus dem Grundsatz der vollen und praktischen Wirksamkeit der EU-Wettbewerbsvorschriften, sondern ist ebenfalls Ausfluss des individualschützenden Grundsatzes, dass jedem, dem auf Grund unionsrechtswidrigen Verhaltens ein Schaden zugefügt worden ist, Wiedergutmachung⁴¹⁰ erfahren muss.⁴¹¹ Dass der Schadensersatzanspruch sowohl der Durchsetzung der objektiven Rechtsordnung dient, als auch dem subjektiven Interessen zu dienen bestimmt ist, kommt in den Rn. 22-24 des Urteils in der Rs. Donau Chemie zum Ausdruck:

Rn. 22: „Nach ständiger Rechtsprechung ist es aber Sache der nationalen Gerichte, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit das Unionsrecht anzuwenden haben, nicht nur die volle Wirkung dieses Rechts zu gewährleisten, sondern auch die Rechte zu schützen, die das Gemeinschaftsrecht dem Einzelnen verleiht (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 9. März 1978, Simmenthal, 106/77, Slg. 1978, 629, Randnr. 16, vom 19. Juni 1990,

⁴⁰⁹ Vgl. C-536/11 – Donau Chemie, Rn. 20-24; 32 und 39; ausführlich unten § 4 II 4 c) (i).

⁴¹⁰ Der EuGH spricht ausdrücklich vom Recht auf Wiedergutmachung, C-536/11 – Donau Chemie, Rn. 32.

⁴¹¹ Meeßen, S. 104f; Roth, WRP 2013, 257, 262.

Factortame u. a., C- 213/89, Slg. 1990, I- 2433, Randnr. 19, Courage und Crehan, Randnr. 25, sowie Manfredi u. a., Randnr. 89).“

Rn. 23: „Zum einen erhöht nämlich das Recht eines jeden, Ersatz des Schadens zu verlangen, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten insbesondere unter Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV zugefügt worden ist, die Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln der Union, da es geeignet ist, von – oft verschleierte – Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können, und damit zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Union beiträgt (vgl. in diesem Sinne Urteil Courage und Crehan, Randnrn. 26 und 27, Manfredi u. a., Randnr. 91, und Pfeiderer, Randnr. 28).“

Rn. 24: „Zum anderen bietet dieses Recht einen wirksamen Schutz gegen die nachteiligen Folgen, die ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV für den Einzelnen haben kann, da es den Personen, denen aufgrund dieses Verstoßes ein Schaden entstanden ist, ermöglicht, dessen vollständigen Ersatz zu verlangen, der nicht nur den positiven Schaden (damnum emergens), sondern auch den entgangenen Gewinn (lucrum cessans) und die Zahlung von Zinsen umfasst (vgl. in diesem Sinne Urteil Manfredi u. a., Randnr. 95).“

Der Schadensersatzanspruch ist also auch unmittelbar Ausdruck des (Unions-)Rechts auf Wiedergutmachung. Hingegen sind die Informationsansprüche des Kartellgeschädigten lediglich Hilfsrechte, die der Durchsetzung der Schadensersatzforderung dienen. Es ist selbst jedoch kein Unionsrechtsgrundsatz.⁴¹² Im Ergebnis ist der Informationsanspruch an sich somit nicht im EU-Recht verordnet.⁴¹³

b) *Vorgaben des EuGH und des EuG für die Ausgestaltung des Tatbestandes*

Auch wenn ein Informationsanspruch nicht aus dem EU-Primärrecht erwächst, so ist bei seiner Ausgestaltung dennoch das EU-Recht zu beachten. Die Mitgliedstaaten ha-

⁴¹² Dient hingegen die Ausübung von Dokumentenzugangsrechten der demokratischen Kontrolle, so besteht ein direkter Zusammenhang zu den Unionsrechtsgrundsätzen der Demokratie und der Transparenz. Die Schaffung eines solchen Rechts wird deshalb ausdrücklich in Art. 15 Abs. 3 Ua. 2 AEUV gefordert.

⁴¹³ Bezogen auf die EuGH-Entscheidung in der Rs. Pfeiderer so auch *Milde*, S. 170.

ben bei der Erstellung und Anwendung von Verfahrensrechten nämlich die Grundsätze der Äquivalenz (auch: Gleichwertigkeit) und Effektivität zu wahren. Hierzu der EuGH in der Rs. Donau Chemie:

Rn. 27: „Auch wenn Erlass und Anwendung dieser Vorschriften weiterhin in ihrer Zuständigkeit liegen, müssen die Mitgliedstaaten jedoch bei der Ausübung dieser Zuständigkeit das Unionsrecht beachten. Insbesondere dürfen die Vorschriften über die Rechtsbehelfe, die den Schutz der dem Einzelnen aus der unmittelbaren Wirkung des Unionsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, nicht weniger günstig sein als bei entsprechenden Rechtsbehelfen, die nur innerstaatliches Recht betreffen (Äquivalenzgrundsatz), und sie dürfen die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz) (vgl. Urteile *Courage* und *Crehan*, Randnr. 29, und *Manfredi* u. a., Randnr. 62, sowie vom 30. Mai 2013, *Jörös*, C- 397/11, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 29). Dabei dürfen diese Vorschriften speziell im Bereich des Wettbewerbsrechts nicht die wirksame Anwendung der Art. 101 AEUV und 102 AEUV beeinträchtigen (vgl. Urteil *Pfleiderer*, Randnr. 24, und vom 7. Dezember 2010, *VEBIC*, C- 439/08, Slg. 2010, I- 12471, Randnr. 57).“

(i) Das Bestehen von Informationsansprüchen auf mitgliedstaatlicher Ebene
Weiter lassen die Entscheidung des EuGH in den Rs. *Pfleiderer* und *Donau Chemie* den Schluss zu, dass das EU-Primärrecht, genauer gesagt der Grundsatz der Effektivität, von den Mitgliedstaaten verlangt, einen Informationsanspruch für Kartellgeschädigte vorzuhalten. Der in Art. 4 Abs. 3 EUV verankerte Effektivitätsgrundsatz verbietet dem Mitgliedstaat, die Ausübung von Unionsrechten praktisch unmöglich zu machen oder übermäßig zu erschweren.⁴¹⁴ Ohne Zugang zu den Akten der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörde ist den Kartellgeschädigten die Durchsetzung ihres Schadensersatzanspruches⁴¹⁵ erheblich erschwert.⁴¹⁶ Deshalb heißt es im *Pfleiderer*-Urteil, es sei Sache der Mitgliedstaaten, die Regeln bezüglich des Dokumentenzugangs

⁴¹⁴ C-536/11 – *Donau Chemie*, Rn. 27.

⁴¹⁵ Dies ist ein von der Unionsrechtsordnung verliehenes Recht, siehe unten § 4 II 4 c) (i).

⁴¹⁶ Siehe oben § 2 III 2 f).

zu erlassen.⁴¹⁷ Das Donau Chemie-Urteil stützt dies. Dort entschied der EuGH, dass das Unionsrecht, insbesondere der Effektivitätsgrundsatz, einer mitgliedstaatlichen Rechtsvorschrift entgegensteht, wonach die Einsichtnahme in kartellbehördliche Akten durch nicht am Verfahren beteiligte Dritte, die Schadensersatzklagen gegen Kartellteilnehmer erwägen, allein von der Zustimmung aller Parteien dieses Verfahrens abhängt, ohne dass die nationalen Gerichte die Möglichkeit hätten, die betroffenen Interessen gegeneinander abzuwägen.⁴¹⁸ In der Praxis führt dies immer zu einer Verweigerung der Akteneinsicht. Wenn die völlige Verweigerung eines an sich bestehenden Dokumentenzugangsrechts wegen des Effektivitätsgrundsatzes unzulässig ist,⁴¹⁹ so muss auch das Nichtbestehen eines Dokumentenzugangsrechts gegen den Effektivitätsgrundsatz verstoßen und somit unionsrechtswidrig sein. Diese Schlussfolgerung wird weiter dadurch gestützt, dass der EuGH offenbar auch davon ausgeht, der Mitgliedstaat übe in jedem Fall die ihm zustehende Kompetenz⁴²⁰ aus: Die Mitgliedstaaten müssen „bei der Ausübung dieser Zuständigkeit das Unionsrecht beachten.“⁴²¹ Der EuGH formuliert nicht einschränkend: „falls“, „wenn“ oder „soweit, der Mitgliedstaat seine Kompetenz ausübt.“ Das EU-Recht macht folglich nicht nur Vorgaben für bestehende Informationsansprüche, sondern stünde auch einer Gesetzeslage in einem Mitgliedstaat entgegen, in der ein Informationsanspruch, den sich ein Kartellgeschädigter zu Nutze machen könnte, gar nicht vorgesehen ist.

(ii) Das Bestehen von Informationsansprüchen auf EU-Ebene

Gleiches muss auch für die EU-Ebene gelten. Zwar ist der Informationsanspruch selbst nicht mit Wirkung für die Mitgliedstaaten im EU-Primärrecht verankert.⁴²² Das EU-Primärrecht stünde aber einer EU-Rechtslage entgegen, in der ein Kartellgeschädigter keinen Informationsanspruch gegen die Kommission hätte. Die Anforderungen, welche auf Grund des Effektivitätsgrundsatzes gegenüber den Mitgliedstaaten gelten, werden mittels des Gebots der loyalen Zusammenarbeit, Art. 4 Abs. 3 Ua. 1 EUV auf die Union und ihre Organe übertragen.

⁴¹⁷ C-360/09 – Pfeiderer, Rn. 23.

⁴¹⁸ C-536/11 – Donau Chemie, Rn. 49.

⁴¹⁹ C-536/11 – Donau Chemie, Rn. 31, 46.

⁴²⁰ C-536/11 – Donau Chemie, Rn. 26.

⁴²¹ C-536/11 – Donau Chemie, Rn. 27.

⁴²² Siehe oben § 3 II 2 a).

Der Effektivitätsgrundsatz, entwickelt als Schranke für die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten beim Vollzug des Unionsrechts,⁴²³ gilt nicht für die EU und ihre Organe selbst. Zwar ist insbesondere im EU-Kartellverfahrensrecht „Effektivität“ leitende Linie für die Kommission bei der Ausübung ihrer Befugnisse.⁴²⁴ Damit ist aber eine effiziente Nutzung der Kommissionsressourcen zur Ahndung und Prävention von Kartellrechtsverstößen gemeint, nicht das Verbot, die Durchsetzung von unionsrechtlichen Rechtspositionen unmöglich zu machen oder zu erschweren.

Letzteres sollte natürlich eine Selbstverständlichkeit und Ausdruck der Bindung der EU-Verwaltung an Recht und Gesetz sein.⁴²⁵ Dass die EU selbst auch für die Durchsetzung des EU-Rechts zu sorgen hat und ihre Handhabe hierfür ebenfalls am Maßstab der praktischen Wirksamkeit des EU-Rechts gemessen wird, veranschaulicht der Camera Care Beschluss des EuGH.⁴²⁶ Danach durfte die EU-Kommission eine implizite Kompetenz zum Erlass einer einstweiligen Anordnung annehmen, um die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts zu wahren. Bezüglich des Akteneinsichtsrechts Kartellgeschädigter ergibt sich die Verpflichtung der Kommission meines Erachtens auch aus dem Loyalitätsgebot. Während sich Art. 4 Abs. 3 Ua. 2 und 3 ausdrücklich an die Mitgliedstaaten richten, verpflichtet Ua. 1 auch die Union gegenüber den Mitgliedstaaten zur Loyalität („gegenseitig“).⁴²⁷ Art. 4 Abs. 3 Ua. 1 EUV dient dabei nicht nur der Konkretisierung sekundärrechtlicher Verpflichtungen der EU-Organe gegenüber den Mitgliedstaaten, sondern bringt auch autonome Pflichten hervor.⁴²⁸ Auf Grund ihrer Loyalitätspflicht muss die Union die Mitgliedstaaten dabei unterstützen, „das zu tun, was sie unionsrechtlich zu tun haben.“⁴²⁹ Dies schließt die Unterstützung bei der Durchführung des Unionsrechts mit ein.⁴³⁰ Beispielsweise kann die Kommission verpflichtet sein, Normen zu konkretisieren, damit die Mitgliedstaaten nicht vertragsbrüchig werden.⁴³¹ Auch sind EU und Mitgliedstaaten zur Kooperation aufgerufen, wenn es um die Wahrung von Rechten Dritter geht. Geht etwa der Kommission auf

⁴²³ Ohler in: *Terhechte/Arnauld* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 1. Aufl., § 9, Rn. 17.

⁴²⁴ Weiß in: *Terhechte/Arnauld EU-Verwaltungsrecht*, § 20, Rn. 15.

⁴²⁵ Allgemein zur Gesetzmäßigkeit der Verwaltung Terhechte in: *Terhechte/Arnauld EU-Verwaltungsrecht*, § 7, Rn. 25.

⁴²⁶ C-792/79 R – Camera Care, Rn. 17.

⁴²⁷ Bereits vor der Kodifizierung hatte der EuGH deutlich gemacht, dass die Loyalität auf Gegenseitigkeit beruht, z.B. C-230/81 – Luxemburg/Parlament, Rn. 37; C-2/88-IMM – Zwartveld u.a., Rn. 10.

⁴²⁸ Von Bogdandy/Schillin: Grabitz/Hilf/Nettesheim EU-Kommentar, Art. 4 EUV, Rn. 52.

⁴²⁹ Vedder in: *Vedder/Heintschel von Heinegg/Eisenhut* (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht. EUV, AEUV, Grundrechte-Charta. Handkommentar*, 1. Aufl., Artikel 4 EUV, Rn. 22.

⁴³⁰ Vedder in: *Vedder/Heintschel EU-Kommentar*, Artikel 4 EUV, Rn. 22.

⁴³¹ C-505/09 P – Kommission/Estland, Rn. 99.

Grundlage der TransparenzVO ein Antrag auf Zugang zu einem Dokument zu, das von einem Mitgliedstaat stammt, hat sie mit diesem unverzüglich in einen loyalen Dialog zu treten.⁴³² Auf den ersten Blick mag es zwar so aussehen, als erfülle die Union nur ihre Pflicht nach den Regeln der TransparenzVO gegenüber dem Antragsteller. Darüber hinaus unterstützt sie im Falle von Anträgen Kartellgeschädigter aber auch die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts. Wie festgestellt, obliegt es auf Grund des Unionsrechts (Effektivitätsgrundsatz) den Mitgliedstaaten, den Kartellgeschädigten mit Hilfe eines Informationsanspruchs gegenüber den nationalen Wettbewerbsbehörden bei der Durchsetzung ihres unionsrechtlich geschützten Schadensersatzanspruchs⁴³³ zu unterstützen.⁴³⁴ Mangels Kompetenz können die Mitgliedstaaten aber nicht den Zugang zu den Akten des Kartellbußgeldverfahrens der EU-Kommission eröffnen. Wenn ein Kartellverfahren also von der EU-Kommission und nicht von der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörde geführt wird, hat der Mitgliedstaat alleine gar nicht die Möglichkeit den Geschädigten vollumfänglich bei der Durchsetzung seines Schadensersatzanspruches zu unterstützen.⁴³⁵ Ein Geschädigter hat auch keinen Einfluss darauf, ob das Kartellverfahren von der EU-Kommission oder der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörde geführt wird. Deshalb kann der Mitgliedstaat die ihm unionsrechtlich obliegende Pflicht nur erfüllen, wenn die Union ihn dabei unterstützt. Die Union ist mithin auf Grund der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 Ua. 1 EUV zur Schaffung von Informationsansprüchen für Kartellgeschädigte gegenüber der Kommission verpflichtet. Einer derart weiten Interpretation des Loyalitätsgrundsatzes steht die bisherige Rechtsprechung der europäischen Gerichte nicht entgegen. Durch die Neufassung des Loyalitätsgebotes durch den Vertrag von Lissabon vergrößerte sich der Spielraum für die Rechtsfortbildung.⁴³⁶ Somit steht fest, dass auch die EU primärrechtlich verpflichtet ist, nicht nur im Allgemeinen nach Art. 15 Abs. 3 EUV im Sinne des Demokratieprinzips und

⁴³² T-109/05 – NLG/Kommission, Rn. 193f.

⁴³³ Siehe unten § 4 II 4 c) (i).

⁴³⁴ Siehe oben § 3 II 2 a).

⁴³⁵ Läge es in der Macht der Mitgliedstaaten, Zugang zu Kartellbußgeldverfahrensakten der EU-Kommission zu gewähren und täten sie es dennoch nicht, läge ein Verstoß gegen den Äquivalenzgrundsatz nahe. Zwar handelt es sich, unabhängig von der zuständigen Wettbewerbsbehörde (EU oder MSt.), um ein Unionsrecht auf Schadensersatz. Es läge also keine Ungleichbehandlung von Verfahren zur Durchsetzung von unionsrechtlich geschützten und innerstaatlich gewährten Rechtspositionen vor. Jedoch würden Mitgliedstaaten jene Geschädigten diskriminieren, deren für sie relevantes Bußgeldverfahren auf Unions- und nicht mitgliedstaatlicher Ebene geführt wird.

⁴³⁶ Von Bogdandy/Schill in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EU-Kommentar, Art. 4 EUV, Rn. 51.

der Transparenz für Dokumentenzugang zu sorgen, sondern gemäß dem Loyalitätsgebot i.V.m. dem Effektivitätsgrundsatz, Art. 4 Abs. 3 EUV, auch im Besonderen den Kartellgeschädigten Zugang zu den Kommissionsakten zu gewähren.

Man könnte diese Schlussfolgerung verallgemeinern und behaupten, der Effektivitätsgrundsatz gelte immer auch für die Unionsorgane selbst. Diese Behauptung könnte eine Stütze in der Aussage *Caranta* finden, die lautet: „Das Effektivitätsprinzip ist in allen seinen diversen Spezifikationen notwendigerweise in jeder Rechtsordnung vorhanden.“⁴³⁷ Da das EU-Recht eine eigene Rechtsordnung ist, müsste es auch innerhalb ihrer selbst gelten. Allerdings ist nicht ganz klar, ob *Caranta* sich nicht auf nationale Rechtsordnungen beschränkt. Aber selbst dann ließe sich aus seiner Aussage ein Argument ziehen: Grundrechte, wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, sind als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts, Art. 6 Abs. 3 EUV. Nun ist zwar der Effektivitätsgrundsatz kein Grundrecht im klassischen Sinne. Geht es allerdings um Fälle, in denen dem Effektivitätsgrundsatz nur durch Gewährung effektiven Rechtsschutzes Genüge getan werden kann, bekommt auch der Effektivitätsgrundsatz einen derart starken subjektivrechtlichen Einschlag, dass er als grundrechtsgleich gelten kann und über Art. 6 Abs. 3 EUV allgemeiner Grundsatz des Unionsrecht wird und zwar nicht nur im – bereits bestehenden – Sinne im Verhältnis von Union und Mitgliedstaaten, sondern auch als Rechtgrundsatz für das Geschehen innerhalb der Union. So ließe sich die allgemeine Geltung des Effektivitätsgrundsatzes für die Unionsorgane selbst begründen. Diese Ausführungen sollen jedoch lediglich als Anregung für eine allgemeinere Theorie verstanden werden. Für die Zwecke der Arbeit wird sich damit begnügt, den Effektivitätsgrundsatz i.V.m. dem Loyalitätsgebot in den Fällen für anwendbar zu erklären, in denen auf Grund des Effektivitätsgrundsatzes den Mitgliedstaaten eine Unterstützungspflicht auferlegt wird, er diese mangels Kompetenz in ähnlich gelagerten, aber sich auf der Unionsebene abspielenden Fällen nicht ausüben kann und eine Ungleichbehandlung nicht hinnehmbar ist.

⁴³⁷ *Caranta*, KritV 1999, 402, 404.

(iii) Die Ausgestaltung des Tatbestandes

Hinsichtlich der Ausgestaltung der Tatbestände in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen haben sich in der Rechtsprechung des EuGH Vorgaben herausgebildet. Gleichzeitig hatten EuGH und EuG die Möglichkeit, den Tatbestand des Art. 2 Abs. 1 TransparenzVO auszulegen und die Reichweite der Ausnahmen der TransparenzVO zu bestimmen, wo es um Zugang zu Dokumenten der Europäischen Kommission in Wettbewerbssachen ging. Fraglich ist, ob die Vorgaben – zum einen für die Ausgestaltung der nationalen Tatbestände und zum anderen für die Anwendung des Rechts aus der TransparenzVO – wechselseitig Geltung beanspruchen können, sodass ein einheitlicher Tatbestand formuliert werden kann. Dagegen spricht, dass der Anspruch aus Art. 2 Abs. 1 TransparenzVO für alle Unionsbürger und unabhängig von ihrem Interesse an der Akteneinsicht gilt, mithin nicht auf den Fall zugeschnitten ist, dass ein Kartellgeschädigter bei der Kommission Akten einsehen möchte, um seinen Schadensersatzanspruch durchsetzen zu können. Hingegen sind etwa die Ansprüche im deutschen und österreichischen Recht enger gefasst, d.h. sie sind nicht für die Allgemeinheit bestimmt (z.B. § 406e Abs. 1 S. 1 StPO: Verletzter) und/oder die Antragsteller müssen ein berechtigtes oder rechtliches Interesse glaubhaft machen (z.B. § 406e StPO: berechtigtes Interesse; § 219 Abs. 2 der österreichischen Zivilprozessordnung: rechtliches Interesse). Daraus ließe sich schließen, dass die Tatbestände nicht vergleichbar seien und die Rechtsprechung deshalb nicht wechselseitig übertragbar ist. Da jedoch die Tatbestandsvoraussetzungen der mitgliedstaatlichen Regelungen regelmäßig erfüllt sind, spielt diese Unterscheidung kaum eine Rolle. Vielmehr entzündet sich Streit an den Versagungstatbeständen, welche sich wiederum auf EU- und deutscher Ebene stark ähneln. So ist der in Art. 4 Abs. 2 1. Spiegelstrich erwähnte Schutz geschäftlicher Interessen über § 406e Abs. 2 S. 1 StPO gewährleistet. Ebenso besteht die Möglichkeit der Versagung zum Schutze der behördlichen Untersuchungstätigkeit auf beiden Ebenen, Art. 4 Abs. 2 3. Spiegelstrich TransparenzVO und § 406e Abs. 2 S. 2 StPO. Generalanwalt *Villalón* ist in seinen Schlussanträgen in der Rs. EnBW der Meinung, die Argumentation des EuGH im Urteil *Donau Chemie* hinsichtlich der österreichischen Regelung lasse sich ohne weiteres auf die Rs. EnBW übertragen, wo es um die Auslegung der TransparenzVO geht.⁴³⁸ Auch die Tatsache, dass

⁴³⁸ Schlussanträge des Generalanwalts Villalón vom 3. Oktober 2013 in der Rs. C- 365/12 P – EnBW, Rn. 68: „Der Gerichtshof hat sich unlängst im Urteil vom 6. Juni 2013, *Donau Chemie* u. a.(34), im Rah-

beim Abwägungsvorgang auf deutscher Ebene die privaten Interessen des Verletzten gegen die Interessen des Kartellanten und der Behörde in die Waagschale geworfen werden, im Rahmen der TransparenzVO aber lediglich öffentliche Interessen Berücksichtigung finden, stellt kein Hindernis für eine Übertragung der Rechtsprechung dar. Zwar betonen die europäischen Gerichte regelmäßig, dass private Interessen des Antragstellers keine Berücksichtigung nach Art. 4 Abs. 2 aE TransparenzVO finden,⁴³⁹ jedoch findet indirekt das private Interesse an der Durchsetzung des Rechts auf Schadensersatz über das öffentliche Interesse an der Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts Eingang in die Abwägung.⁴⁴⁰ Folglich wird man aus der Rechtsprechung der europäischen Gerichte zur TransparenzVO und den mitgliedstaatlichen Informationsansprüchen einen einheitlichen Rumpf eines Tatbestandes für einen Anspruch der Kartellgeschädigten formulieren dürfen.

3. Formulierung des Tatbestandes

Ein Kartellgeschädigter, der Einsicht in die Akten der Kommission und/oder nationaler Wettbewerbsbehörden beantragt, muss sich mit primärrechtlichen Vorgaben, der TransparenzVO, ihrer Modifizierung durch die EU-Wettbewerbsregeln und den europarechtlichen Vorgaben zu den nationalen Tatbeständen auseinandersetzen. Die folgende Synthese soll auf einen Blick verdeutlichen, welche Vorgaben das Europarecht macht, d.h. welche Voraussetzungen der Kartellgeschädigte mindestens erfüllen muss, um in den Genuss von Akteneinsicht zu kommen, aber auch, welche Einschränkungen sein Recht höchstens erfahren wird.

a) Die Mindestvoraussetzungen

Der im EU-Primärrecht verankerte Effektivitätsgrundsatz verlangt, dass ein Informationsanspruch, den sich Kartellgeschädigte zu Nutze machen können, auf mitgliedstaatlicher Ebene bestehen muss.⁴⁴¹ Für die EU-Ebene fordert das Loyalitätsgebot i.V.m. dem Effektivitätsgrundsatz, Art. 4 Abs. 3 EUV die Schaffung von Dokumenten-

men einer Vorlagefrage zum Zugang zu Dokumenten in den Akten eines nationalen Kronzeugenverfahrens geäußert. Auch wenn das Urteil ein Wettbewerbsverfahren und nicht die Verordnung Nr. 1049/2001 betrifft, meine ich, dass sie sich ohne Weiteres auf den vorliegenden Fall übertragen lässt.“ A.A. bezüglich der Vergleichbarkeit von § 406e StPO mit der TransparenzVO vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Mazák vom 16. Dezember 2010 in der Rs. C-360/09 – Pfeiderer, Rn. 19.

⁴³⁹ So etwa in T-380/08 – Bitumenkartell, Rn. 80f; T-110/03 – Sison/Rat, Rn. 50ff.

⁴⁴⁰ Schlussanträge des Generalanwalts Villalón vom 3. Oktober 2013 in der Rs. C- 365/12 P, Rn. 74.

⁴⁴¹ Siehe oben § 3 II 2 b).

zugangsrechten für Kartellgeschädigte.⁴⁴² Somit steht fest, dass ein Informationsanspruch des Kartellgeschädigten auf EU- und mitgliedstaatlicher Ebene auf jeden Fall bestehen muss. Nicht Voraussetzung ist, dass der Anspruch speziell nur für den Kartellgeschädigten gilt. Auch verlangt das EU-Recht nicht, dass der Antragsteller ein berechtigtes oder gar rechtliches Interesse glaubhaft macht, wie es in manch nationaler Rechtsordnung vonnöten ist.⁴⁴³ Es steht aber den Mitgliedstaaten frei, den Zugang auf die Aktenteile zu begrenzen, welche dem Interesse des Antragstellers dienen, seinen Schadensersatzanspruch durchzusetzen.⁴⁴⁴ Es steht also dem Mitgliedstaat frei, vom Antragsteller die Darlegung zu verlangen, dass seine Einsicht erforderlich ist. Sie ist jedenfalls dann erforderlich, wenn sie die einzige Möglichkeit ist, den Schadensersatzanspruch zu substantiieren, d.h. keine anderen Wege bestehen, die notwendigen Beweise zu beschaffen.⁴⁴⁵

⁴⁴² Siehe oben § 3 II 2 b)

⁴⁴³ z.B. Deutschland: § 406e Abs. 1 S.1 StPO „berechtigtes Interesse“; Österreich: § 219 Abs. 2 ZPO „rechtliches Interesse“.

⁴⁴⁴ C-536/11 – Donau Chemie, Rn. 33: „Andererseits ist bei einer Regel, nach der jedes zu einem wettbewerbsrechtlichen Verfahren gehörende Schriftstück einem Antragsteller schon deshalb übermittelt werden müsste, weil er eine Schadensersatzklage zu erheben gedenkt, zunächst zu beachten, dass eine solche Vorschrift über einen allgemein gewährten Zugang nicht erforderlich wäre, um das Recht dieses Antragstellers auf Schadensersatz wirksam zu schützen, da es wenig wahrscheinlich ist, dass die Schadensersatzklage auf die Gesamtheit der in den Akten dieses Verfahrens enthaltenen Schriftstücke gestützt werden müsste. Diese Vorschrift könnte sodann zur Verletzung weiterer Rechte führen, die das Unionsrecht insbesondere den betroffenen Unternehmen – wie das Recht auf Wahrung des Berufs- oder des Geschäftsgeheimnisses – oder den betroffenen Einzelnen – wie das Recht auf Schutz personenbezogener Daten – verleiht.“

⁴⁴⁵ C-536/11 – Donau Chemie, Rn. 32: „Einerseits könnte nämlich eine Regel, wonach der Zugang zu jedem Dokument eines wettbewerbsrechtlichen Verfahrens zu verweigern wäre, den Schutz des Rechts der durch einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV Geschädigten auf Wiedergutmachung unmöglich machen oder zumindest übermäßig erschweren. Das gilt insbesondere dann, wenn es den Betroffenen nur aufgrund der Einsichtnahme in Schriftstücke, die in den Akten des vor der zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörde betriebenen Verfahrens enthalten sind, möglich ist, über die zur Begründung ihres Schadensersatzanspruchs notwendigen Beweise zu verfügen. Haben die Geschädigten nämlich keine andere Möglichkeit, sich diese Beweise zu verschaffen, entfällt dadurch, dass ihnen die Einsicht in diese Akten verweigert wird, die praktische Wirksamkeit des Rechts auf Schadensersatz, den sie unmittelbar aus dem Unionsrecht herleiten.“ So auch T-380/08 – Bitumenkartell, Rn. 53ff; C-365/12 P – EnBW, Rn. 106f: „Um nämlich einen wirksamen Schutz des Rechts eines Antragstellers auf Schadensersatz zu gewährleisten, muss ihm nicht jedes zu einem Verfahren nach Art. 81 EG gehörende Schriftstück deshalb übermittelt werden, weil er eine Schadensersatzklage zu erheben gedenkt, denn es ist wenig wahrscheinlich, dass die Schadensersatzklage auf sämtliche Bestandteile der Akte dieses Verfahrens gestützt werden müsste (vgl. in diesem Sinne Urteil Donau Chemie u. a., Rn. 33). Somit obliegt einem jeden, der Schadensersatz wegen Verstoßes gegen Art. 81 EG begehrt, der Nachweis, dass für ihn die Notwendigkeit des Zugangs zu dem einen oder anderen Dokument der Kommissionsakte besteht, damit die Kommission die Interessen, die die Übermittlung solcher Dokumente rechtfertigen, gegen die Interessen, die den Schutz dieser Dokumente rechtfertigen, Fall für Fall unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte der Sache abwägen kann (vgl. entsprechend Urteile Kommission/Bavarian Lager, Rn. 77 und 78, und Donau Chemie u. a., Rn. 30 und 34).“

b) Die Höchsteinschränkungen

Die Akteneinsicht ist einzuschränken, soweit die entgegenstehenden Interessen der Wettbewerbsbehörden an einem effektiven Kronzeugenprogramm und das Interesse der Verfahrensbeteiligten am Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse das private Interesse des Geschädigten bzw. das öffentliche Interesse an einer wirksamen privaten Kartellrechtsdurchsetzung überwiegen.⁴⁴⁶ Nur bei konkreter, absehbarer Beeinträchtigung der gegenläufigen Interessen kann die Akteneinsicht eingeschränkt werden.⁴⁴⁷ Das Interesse der Verfahrensbeteiligten, nicht auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden, ist bei dieser Abwägung nicht berücksichtigungsfähig.⁴⁴⁸ Grundsätzlich hat die Abwägung im Einzelfall und für jedes Dokument einzeln zu erfolgen (sog. Pflicht zur konkreten und individuellen Prüfung),⁴⁴⁹ die Wettbewerbsbehörde darf sich jedoch bei bestimmten Kategorien von Dokumenten auf eine allgemeine Vermutung für das Vorliegen von Weigerungsgründen zum Schutze von Geschäftsgeheimnissen⁴⁵⁰ und des Untersuchungsverfahrens⁴⁵¹ stützen. Diese Vermutung kann widerlegt werden.⁴⁵² Bei der Abwägung ist auch auf die fortbestehende Unschuldsvermutung bei noch nicht rechtskräftiger Entscheidung Rücksicht zu nehmen, d.h. die Berufs- und Geschäftsgeheimnisse der Verfahrensparteien sind besonders zu schützen, wenn gegen die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde noch gerichtlich vorgegangen wird.⁴⁵³

⁴⁴⁶ Beispielhaft vgl. zum Schutz des Kronzeugenprogramms: C-360/09 – Pfeiderer, Rn. 27ff; T-380/08 – Bitumenkartell, Rn. 60; T-344/08 – EnBW, Rn. 116ff; T-437/08 – CDC, Rn. 58ff; vgl. zum Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse: T-380/08 – Bitumenkartell, Rn. 47ff; C-365/12 P – EnBW, Rn. 60ff; T-344/08 – EnBW, Rn. 133ff; T-437/08 – CDC, Rn. 38ff.

⁴⁴⁷ C-536/11 – Donau Chemie, Rn. 46, 48; T-437/08 – CDC, Rn. 35; T-264/04 – WWF, Rn. 39.

⁴⁴⁸ T-437/08 – CDC, Rn. 49.

⁴⁴⁹ C-360/09 – Pfeiderer, Rn. 31; C-536/11 – Donau Chemie, Rn. 30f; T-2/03 – VKI, Rn. 69f; von diesem Grundsatz gibt es Ausnahmen, zusammenfassend T-433/08 – EnBW, Rn. 44-47.

⁴⁵⁰ C-365/12 P – EnBW, Rn. 65ff.

⁴⁵¹ C-365/12 P – EnBW, Rn. 80ff.

⁴⁵² C-365/12 P – EnBW, Rn. 100.

⁴⁵³ T-474/04 – Pergan, Rn. 75ff; C-365/12 P – EnBW, Rn. 99; T-380/08 – Bitumenkartell, Rn. 52; auch bei Veröffentlichungen der Kommission ist Zurückhaltung geboten, vgl. Einstweilige Anordnung des Vize-Präsidenten des EuGH in der Rs. C- 278/13 P(R) – Car Glass, hierzu ausführlich *Kellerbauer*, ECLR 2014, 56, 59f.

III. Grundgesetzliche Erforderlichkeit des Bestehens von Informationsansprüchen der vom Kartellschaden Betroffenen und Vorgaben für ihre Ausgestaltung

Nachdem die europarechtlichen Vorgaben für das EU-Recht selbst und das mitgliedstaatliche Recht zusammengefasst wurden, soll nun untersucht werden, welche Erfordernisse auf Grund des GG für das deutsche Recht bestehen. Kritisiert wird, dass es im deutschen Recht für den Kartellgeschädigten keinen besonderen, kartellrechtlichen Anspruch auf Information über bestands- bzw. rechtskräftige Entscheidungen i.S.v. § 33 Abs. 4 GWB gibt.⁴⁵⁴ Möglicherweise ergibt sich aber unmittelbar aus dem Grundgesetz die Verpflichtung, ein Einsichtsrecht für Kartellgeschädigte in die Akten der deutschen Kartellbehörden bereit zu halten. Naturgemäß können grundgesetzliche Bestimmungen nicht die EU-Kommission zur Gewährung von Akteneinsicht verpflichten.

1. Artt. 2 Abs. 1, 14 Abs. 1 und 103 Abs. 1 GG – Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum

Rechtsprechung und Schrifttum haben sich bereits zur verfassungsmäßigen Gebotenheit des Akteneinsichtsrechts des Verletzten einer Straftat nach § 406e StPO geäußert. Da dies die Grundnorm für das Akteneinsichtsrecht des Kartellgeschädigten gegenüber dem Bundeskartellamt nach § 406e Abs. 1 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 OWiG ist,⁴⁵⁵ lassen sich die Ergebnisse der Diskussion auch auf den Kartellgeschädigten beziehen.

Das BVerfG entschied 1987 kurz vor und in Kenntnis der Einführung von § 406e StPO: „Weder Art. 14 I noch Art. 103 I GG gewährleisten einen Anspruch des Verletzten darauf, daß ihn der Staat durch Überlassung von Informationen, die im Rahmen eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens beschafft wurden, bei der Durchsetzung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche unterstützt.“⁴⁵⁶

Auch der Gesetzgeber scheint bei Einführung des § 406e StPO nicht von einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung ausgegangen zu sein. In der Gesetzesbegründung heißt es lediglich, die Rechtslage entspreche nicht den berechtigten Interessen des

⁴⁵⁴ Dreher, ZWeR 2008, 325, 341.

⁴⁵⁵ Siehe oben § 3 I 2 b).

⁴⁵⁶ BVerfG Beschluss vom 24.03.1987, 2 BvR 1203/86 = NJW 1988, 405.

Verletzten.⁴⁵⁷ Nicht jedoch heißt es dort, die Rechtslage entspreche nicht den Vorgaben des Grundgesetzes.

Auf der einen Seite hält *Kuhn* die Rechtsprechung des BVerfG mit Hinweis auf die in Art. 9 Abs. 2 des Beschlusses des Rates der Europäischen Union vom 15. 3. 2001 über die Stellung des Opfers im Strafverfahren eingegangene völkerrechtliche Verpflichtung („Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um die Bemühungen um eine angemessene Entschädigung des Opfers durch den Täter zu begünstigen.“) für nicht mehr vertretbar.⁴⁵⁸

Auf der anderen Seite pflichten weite Teile der Literatur dem BVerfG bis heute bei und vertreten, dass eine Norm zum grundsätzlichen Akteneinsichtsrecht des Verletzten verfassungsrechtlich nicht geboten sei.⁴⁵⁹ § 406e StPO sei weder Positivierung noch Konkretisierung einer grundrechtlich gewährten Rechtsposition.⁴⁶⁰ Nur zur Sicherung der entgegenstehenden Grundrechte der von der Einsicht Betroffenen sei eine gesetzliche Regelung verfassungsrechtlich wünschenswert.⁴⁶¹

Lüderssen behauptet, das Akteneinsichtsrecht des Verletzten ergebe sich verfassungsunmittelbar doch aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG und dem Eigentumsrecht, Art. 14 Abs. 1 GG, welches zugleich einen Anspruch auf richterliche Durchsetzung des Eigentumsrechts umfasse.⁴⁶² Zudem lasse sich der Akteneinsichtsanspruch auf die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG und die Garantie des effektiven Rechtsschutzes, Art. 20 Abs. 3 GG stützen.⁴⁶³

In Bezug auf Artt. 103 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG ist *Lüderssen* zu widersprechen und dem BVerfG sowie der überwiegenden Meinung im Schrifttum zu folgen. Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet ein Gericht, den Verfahrensbeteiligten rechtliches Gehör zu gewähren, also ihnen Gelegenheit zu geben, sich zu dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt zu äußern, und ihre Ausführungen zur Kenntnis zu nehmen und in

⁴⁵⁷ Bundesregierung, S. 17.

⁴⁵⁸ *Kuhn*, ZRP 2005, 125, 127.

⁴⁵⁹ *Riedel/Wallau*, NStZ 2003, 393, 396; *Stöckel* in: *Kleinknecht/Müller/Fezer/Heintschel-Heinegg* (Hrsg.), Kommentar zur Strafprozessordnung, Losebl.-Ausg., § 406e, Rn. 1.

⁴⁶⁰ *Otto*, GA 1989, 289, 296.

⁴⁶¹ Zustimmung *Hilger* in: *Löwe/Rosenberg/Erb* (Hrsg.), Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar, 26. Aufl., § 406e, Rn. 1.

⁴⁶² *Lüderssen*, NStZ 1987, 249, 250.

⁴⁶³ *Lüderssen*, NStZ 1987, 249, 250.

Erwägung zu ziehen.⁴⁶⁴ Der Verletzte ist nicht Adressat der (straf-)gerichtlichen Entscheidung. Bei der Vorbereitung eines Schadensersatzprozesses geht es ihm nicht um die Wahrnehmung seiner Interessen im Strafprozess. Ein Akteneinsichtsrecht zur Sammlung von Beweismitteln für einen anderen Prozess ist daher nicht von Art. 103 Abs. 1 GG geboten. Art. 14 Abs. 1 GG lässt sich nicht heranziehen, weil die Garantie, subjektive Rechte gerichtlich durchsetzen zu können, nicht zum Eigentumsrecht gehört, sondern Teil des Justizgewährungsanspruches ist (hierzu sogleich). *Lüderssens* Rückgriff auf die allgemeine Handlungsfreiheit zur Verankerung des Akteneinsichtsrechts des Verletzten, welche auch „diejenigen, denen Informationen, derer sie zur Selbstbestimmung bedürfen, vorenthalten werden“ schütze,⁴⁶⁵ erscheint bemüht.⁴⁶⁶ So bleibt es dabei, dass sich aus Artt. 2 Abs. 1, 14 Abs. 1 und 103 Abs. 1 GG keine Verpflichtung zur Schaffung von Informationsansprüchen für Kartellgeschädigte ergibt. Ebenso wenig ergibt sich verfassungsunmittelbar ein Akteneinsichtsrecht des Verletzten aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 2. Fall GG (Informationsfreiheit) oder Art. 19 Abs. 4 GG (Rechtsschutz gegen öffentliche Gewalt). Hinsichtlich der Garantie des effektiven Rechtsschutzes, Art. 20 Abs. 3 GG (auch: Justizgewährungsanspruch) ist *Lüderssen* allerdings zuzustimmen.

2. Art. 5 Abs. 1 S. 1 2. Fall GG – Informationsfreiheit

Art. 5 Abs. 1 S. 1 2. Fall GG gibt jedem das Recht, „sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten.“ Allgemein zugänglich ist eine Quelle allerdings erst dann, wenn sie geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, also einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis, Informationen zu verschaffen.⁴⁶⁷ Eine staatliche Informationsquelle, also z.B. eine Behördenakte, gilt erst dann als allgemein zugänglich, „wenn sie auf Grund rechtlicher Vorgaben zur öffentlichen Zugänglichkeit bestimmt ist. (...) Soweit das der Fall ist, besteht ein Akteneinsichts- oder Auskunftsanspruch (auch) aus Art. 5 Abs. 1 S. 1.“⁴⁶⁸ Die Informationsfreiheit gibt also nicht selbstständig, sondern erst dank anderer Vorgaben einen Anspruch auf Akteneinsicht oder auf Auskunftserteilung,⁴⁶⁹ Die Informationsfreiheit bedarf also „der Aktivierung

⁴⁶⁴ BVerfG Beschluss vom 24.03.1987, 2 BvR 1203/86 = NJW 1988, 405.

⁴⁶⁵ *Lüderssen*, NSTZ 1987, 249, 250.

⁴⁶⁶ Ebenfalls ablehnend, allerdings unter Hinweis auf die Rspr des BVerfG *Otto*, GA 1989, 289, 296.

⁴⁶⁷ Jarass in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 12. Aufl., Art. 5, Rn. 16.

⁴⁶⁸ Jarass in: *Jarass/Pieroth* GG, Art. 5, Rn. 16a.

⁴⁶⁹ Jarass in: *Jarass/Pieroth* GG, Art. 5, Rn. 20.

durch einfachgesetzlich normierte Zugangsansprüche.“⁴⁷⁰ Ebenfalls erst dann allgemein zugänglich, wenn vom Verfügungsberechtigten zu Veröffentlichung bestimmt, sind betriebliche Aufzeichnungen.⁴⁷¹ Der Kartellgeschädigte kann also nicht unmittelbar aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 2. Fall GG einen Informationsanspruch gegenüber den Kartellbehörden oder den Kartellanten herleiten.

3. Art. 19 Abs. 4 GG - Effektiver Rechtsschutz

Auch im deutschen Recht gilt das Gebot des effektiven Rechtsschutzes.⁴⁷² Es ist ein Leistungsgrundrecht⁴⁷³ und entfaltet auf das dem gerichtlichen Verfahren vorgelagerte Verwaltungsverfahren Vorwirkung, sodass dieses nicht so angelegt sein darf, „dass der gerichtliche Schutz unzumutbar erschwert wird.“⁴⁷⁴ Vorschnell ließe sich hieraus schließen, Art. 19 Abs. 4 GG gebiete den Kartellbehörden dem Kartellgeschädigten Akteneinsicht zu gewähren, damit diesem die Schadensersatzklage gegen den Kartellanten nicht unzumutbar erschwert würde. Jedoch gilt das Gebot des lückenlosen, wirksamen Rechtsschutzes nur für denjenigen, der „durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt“ ist, Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG. Der Kartellgeschädigte wird auf Grund der Machenschaften Privater, nicht aber durch die öffentliche Gewalt verletzt. Von Relevanz ist das Gebot des effektiven Rechtsschutzes also hauptsächlich im Bereich öffentlich-rechtlicher Kartellrechtsdurchsetzung.⁴⁷⁵ Die von der kartellbehördlichen Verfügung Betroffenen haben Anspruch auf effektiven Rechtsschutz. Dritte sind zwar in ihren wirtschaftlichen Interessen berührt, in ihren Rechten sind sie durch die Verfügung der Kartellbehörde jedoch nicht verletzt.⁴⁷⁶ Deshalb findet Art. 19 Abs. 4 GG auch keine Anwendung bei der Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs nach § 33 Abs. 3 Satz 1 GWB.⁴⁷⁷ Vielmehr ergibt sich hierfür der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch.⁴⁷⁸ Der Justizgewährungsanspruch ist Teil des Rechtsstaatsprinzips und *lex generalis* zu Art. 19 Abs. 4 GG.⁴⁷⁹

⁴⁷⁰ Berger in: Berger/Roth/Scheel/Kollbeck IFG, § 1, Rn. 5; so auch *Sitsen*, S. 36.

⁴⁷¹ Jarass in: Jarass/Pieroth GG, Art. 5, Rn. 16.

⁴⁷² Hierzu ausführlich *Kellerbauer*, ECLR 2014, 56, 59f.

⁴⁷³ Jarass in: Jarass/Pieroth GG, Art. 19, Rn. 32.

⁴⁷⁴ Jarass in: Jarass/Pieroth GG, Art. 19, Rn. 72.

⁴⁷⁵ *Wesselburg*, S. 30.

⁴⁷⁶ *Wesselburg*, S. 30.

⁴⁷⁷ *Wesselburg*, S. 30.

⁴⁷⁸ *Wesselburg*, S. 31.

⁴⁷⁹ Jarass in: Jarass/Pieroth GG, Art. 19, Rn. 32, 34.

4. Art. 20 Abs. 3 GG – Rechtsstaatsprinzip und Justizgewährungsanspruch

Der aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG, abzuleitende Justizgewährungsanspruch (auch: Rechtsschutzgarantie) verlangt nicht nur, dass „das Verfahrensrecht so ausgestaltet ist, dass faktisch Zugang zum Recht besteht,“⁴⁸⁰ sondern er „garantiert vielmehr auch die Effektivität des Rechtsschutzes.“⁴⁸¹ Das Rechtsstaatsprinzip garantiert somit für zivilrechtliche Streitigkeiten wirkungsvollen Rechtsschutz, wie auch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (auch: EU-Grundrechte-Charta, im Folgenden abgekürzt: EGRC).⁴⁸² Auf den Justizgewährungsanspruch kann sich berufen werden, wenn ein von der Rechtsordnung verbürgtes subjektives Recht verletzt wurde.⁴⁸³ Das Opfer einer Straftat ist regelmäßig in subjektiven Rechten verletzt, wie auch das Opfer kartellrechtwidrigen Verhaltens.⁴⁸⁴ Die Wiedergutmachung der Verletzung mittels einer Schadensersatzklage muss daher effektiv möglich sein. Effektiv kann der Geschädigte seinen Schadensersatzanspruch nur geltend machen, wenn er die zu dessen Nachweis notwendigen Informationen in den Kartellamtsakten einsehen kann. Das Rechtsstaatsprinzip strahlt mithin über die Rechtsschutzgarantie bis hin zum Akteneinsichtsrecht des Verletzten. Dies kommt auch in einem Beschluss des BGH aus dem Jahre 2005 zum Ausdruck, wo es unter Verweis auf den EU-Ratsbeschluss über die Stellung des Opfers im Strafverfahren heißt: „Die Beachtung der Opferbelange ist Teil der zentralen rechtsstaatlichen Aufgaben des Strafverfahrens. Hierzu gehört auch Akteneinsicht für einen Geschädigtenanwalt (§ 406e Abs. 1 StPO).“⁴⁸⁵ Damit hat das von *Kuhn* geforderte Umdenken auf Grund des Ratsbeschlusses eingesetzt.⁴⁸⁶

Festzuhalten ist, dass das Rechtsstaatsprinzip in Form des Justizgewährungsanspruchs ein Akteneinsichtsrecht für den von einer Straftat Verletzten, also den Kartellgeschädigten, fordert.

⁴⁸⁰ Fiedler, S. 246.

⁴⁸¹ BVerfG Beschluss vom 02.03.1993, 1 BvR 249/92 = BVerfG NJW 1993, 1635.

⁴⁸² Jarass in: Jarass/Pieroth GG, Art. 20, Rn. 91.

⁴⁸³ Jarass in: Jarass/Pieroth GG, Art. 20, Rn. 91.

⁴⁸⁴ Zur ausführlichen Herleitung des subjektiven Rechts des Kartellgeschädigten siehe unten § 4 II 4 d) (i).

⁴⁸⁵ BGH Beschluss vom 21.7.2005, 1 StR 78/05 = BGH JR 2006, 297, 298.

⁴⁸⁶ Siehe oben § 3 III 1.

5. Zwischenergebnis und Vorgaben für die Ausgestaltung des Tatbestandes

Für die deutsche Rechtsordnung verlangt das Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG, in seiner Ausformung des Justizgewährungsanspruchs ein Akteneinsichtsrecht für von Straftaten Verletzte zur Vorbereitung der Wiedergutmachung in Form einer Schadensersatzklage. Diese Forderung des Grundgesetzes lässt sich auf den Kartellgeschädigten übertragen.

Vorgaben für die Ausgestaltung des Tatbestandes lassen sich dem Rechtsstaatsprinzip allerdings kaum entnehmen. Als Leistungsrecht bedarf der Justizgewährungsanspruch der gesetzlichen Ausgestaltung.⁴⁸⁷ Zwar muss der Gesetzgeber dabei die Belange aller Betroffenen angemessen gewichten. Das Rechtsstaatsprinzip gibt aber nicht im Einzelnen vor, wie der Widerstreit verschiedener Interessen zu lösen ist.⁴⁸⁸ Jedenfalls ergeben sich aus einer Betrachtung des deutschen Verfassungsrechts keine Anforderungen an die Ausgestaltung des Akteneinsichtsrechts, die über die europarechtlich vorgegebenen hinaus gehen.

§ 4 Der Informationsanspruch des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege

Es wurde aufgezeigt, welche Ansprüche des Kartellgeschädigten der Rechtsanwalt als dessen Vertreter geltend machen kann, dass diese Ansprüche auf Grund des Europarechts und des Grundgesetzes bestehen müssen und welche detaillierte Vorgaben die europäischen Gerichte bereits für ihre Ausgestaltung gemacht haben. Dieses Kapitel widmet sich dem Informationsanspruch des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege, also dem Rechtsanwalt, der vorerst unabhängig von einem konkreten Mandat handelt. Zunächst soll untersucht werden, ob ein Anspruch tatsächlich erforderlich ist. Sodann wird versucht, diesen rechtlich zu begründen.

⁴⁸⁷ Jarass in: Jarass/Pieroth GG, Art. 20, Rn. 91.

⁴⁸⁸ Am Beispiel von Rechtssicherheit und Verfahrensbeschleunigung einerseits und dem subjektiven Interesse des Rechtssuchenden an einem möglichst uneingeschränkten Rechtsschutz andererseits, BVerfG Beschluss vom 02.03.1993, 1 BvR 249/92 = BVerfG NJW 1993, 1635.

I. Tatsächliche Erforderlichkeit eines Anspruchs

1. Probleme der privaten Kartellrechtsdurchsetzung durch Endverbraucher

Wie schon in § 2 I 3 dargestellt, kann die Substantiierung des Schadensersatzanspruchs an fehlender Information (Informationsdefizit) scheitern. Es besteht ein Informationsgefälle zwischen Schädigern und Geschädigten (Informationsasymmetrie). Dies trifft alle Anspruchsteller. Sie alle benötigen Informationen zur Substantiierung ihres Schadensersatzanspruchs – je weiter vom Schädiger entfernt, desto mehr.⁴⁸⁹ Potentielle Anspruchsteller treffen jedoch schon weit vor einer gerichtlichen Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches auf Schwierigkeiten. Zur Frage, ob man die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Schadensersatzanspruchs an Hand der verfügbaren Informationen darlegen und nachweisen kann, gelangt nur, wer vom Kartellrechtsverstoß, seinem Schaden und seinem Anspruch weiß und nicht dem rationalen Desinteresse erliegt, also einen Schaden davon trägt, dessen Kompensation Mühe wert ist. Diese Schwierigkeiten treffen hauptsächlich die Endverbraucher.

a) Die Unkenntnis von Schaden/Anspruch

Viele Geschädigte wissen nicht, dass sie einen Schaden durch einen Kartellrechtsverstoß erlitten haben. Dies ist kaum verwunderlich, denn insbesondere indirekte Abnehmer und generell Verbraucher besitzen häufig schon keine Kenntnis vom Kartellrechtsverstoß.⁴⁹⁰ Wenn überhaupt, erfahren Geschädigte meist erst aus der Presse vom Abschluss eines Bußgeldverfahrens⁴⁹¹ und können sich folglich auch erst dann eines Schadens bewusst werden und Maßnahmen zur Beweissicherung treffen. Teilweise kennen Verbraucher und indirekte Abnehmer aber auch noch nicht einmal ihre Rechte⁴⁹² und haben keine Kenntnis von den ihnen zustehenden Schadensersatzansprüchen.⁴⁹³ Wer über die tatsächlichen Umstände des Schadensersatzanspruchs in Unkenntnis bleibt, also nicht vom Kartellrechtsverstoß oder seinem Individualschaden weiß, oder seine Rechte nicht kennt, dem nützt auch ein Akteneinsichtsanspruch gegenüber dem Bundeskartellamt, § 406e Abs. 1 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 OWiG, oder der Zugang zu den Dokumenten der Europäischen Kommission, Art. 2 Abs. 1 VO

⁴⁸⁹ Siehe oben § 2 III 2.

⁴⁹⁰ *Cseres/Mendes*, CMLR 2014, 483, 496.

⁴⁹¹ *Milde*, S. 78.

⁴⁹² *Fiedler*, S. 38.

⁴⁹³ *Fiedler*, S. 44.

Nr. 1049/2001 (EG), nichts. Die insbesondere bei Endverbrauchern weit verbreitete Unkenntnis verhindert also schon weit im Vorfeld die flächendeckende Schadenskompensation.

b) Das rationale Desinteresse

Der Begriff des rationalen Desinteresses, teilweise auch als Problem der rationalen Apathie bezeichnet,⁴⁹⁴ beschreibt den Umstand, dass ein Geschädigter, der nur einen kleinen Schaden erlitten hat, auf Grund unsicherer Erfolgchancen und eines hohen Kostenrisikos, welches außer Verhältnis zum zu erwartenden Schadensersatz steht, nicht gerichtlich gegen den Schädiger vorgeht.⁴⁹⁵

Bis zu einem Streitwert von 300 € muss der Kläger im Unterliegensfall mindestens 200 € an Gerichts- und Anwaltskosten zahlen.⁴⁹⁶ Der Aussicht auf eine kleine Ersatzsumme steht also ein vergleichsweise hohes Kostenrisiko entgegen. Jedenfalls bei einem Einzelschaden unter 200 € besteht für den Geschädigten kein Anreiz zur Klage.⁴⁹⁷ Denn auch wenn der Geschädigte die Durchsetzungswahrscheinlichkeit höher als 0,5 (50 vom Hundert) einschätzt und der Erwartungswert im Obsiegensfall höher ist als im Unterliegensfall (z.B. Wahrscheinlichkeit des Obsiegens 0,7 x Schadensersatzanspruch i.H.v. 180 EUR = Erwartungswert von 126 EUR > Wahrscheinlichkeit des Unterliegens 0,3 x Kosten i.H.v. 200 EUR = 60 EUR) wird er sich nicht auf eine Klage einlassen.

Zum einen ist das Risiko nicht begrenzt: Die Kosten können steigen, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Rechtsstreit in eine höhere Instanz geht. So kann auch bei Einzelschäden über der Grenze von 200 € der Geschädigte rational desinteressiert sein, etwa wenn Kosten für die Beweiserhebung oder höhere Anwalts- oder Prozesskosten anfallen.⁴⁹⁸

Zum anderen ist der Mensch risikoscheu und fürchtet Verluste viel stärker als er Gewinne schätzt, sodass er sich erst dann auf ein Spiel einlässt, wenn die Gewinnerwartung sehr viel höher als das Verlustrisiko ist. Das mag als irrational bezeichnet wer-

⁴⁹⁴ Bien, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht auf neuen Wegen? in: Bechtold, Stefan/Jickeli, Joachim/Rohe, Mathias (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb. Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, S. 131f.

⁴⁹⁵ Bien, S. 132; Schwalbe/Höft, S. 628.

⁴⁹⁶ Fiedler, S. 39.

⁴⁹⁷ Fiedler, S. 39.

⁴⁹⁸ Das Für und Wider fester Betragsgrenzen diskutiert Fiedler, S. 39ff.

den, ist aber eine völlig normale menschliche Verhaltensweise.⁴⁹⁹ Selbst wenn die Erfolgsaussichten sehr hoch eingeschätzt werden, spricht vieles für das Bestehen einer absoluten Untergrenze, unter welcher der Verbraucher von einer Rechtsverfolgung absehen wird. *Burckhard* schlägt eine Grenze von 150 € für sogenannte Streuschäden vor, unter welcher „der rationale Durchschnittsverbraucher selbst bei hohen Erfolgsaussichten keine Klage zu deren Durchsetzung anstrengen wird.“⁵⁰⁰ Für die sogenannten Bagatellschäden liegt laut *Burckhard* die Grenze bei 15 €, unter welcher „der rationale Durchschnittsverbraucher sie selbst dann nicht geltend macht, wenn sie sicher bestehen und er sie nur noch bei einer bestimmten Stelle anmelden muss.“⁵⁰¹

Das Problem des rationalen Desinteresses ist auch für Unternehmen relevant. Richtig ist zwar, dass „Vorstand bzw. Geschäftsführung der geschädigten Unternehmen (...) gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG bzw. § 43 Abs. 1 GmbHG verpflichtet [sind], das Bestehen von Schadenersatzansprüchen zu prüfen und solche Ansprüche gegebenenfalls auch geltend zu machen. Allerdings gilt auch hier die Business Judgment Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG; deshalb kann die Prüfung ergeben, dass eine gerichtliche Geltendmachung, die in jedem Fall zunächst Kosten verursacht, angesichts geringer zu erwartender Schadenersatzleistungen bei Abwägung des Kosten-/Nutzen-Verhältnisses ökonomisch nicht sinnvoll ist.“⁵⁰² Die für das OFT durchgeführte Studie ergab, dass von 45 Unternehmen, die sich für kartellgeschädigt hielten, 17 ihre Ansprüche nicht durchsetzen wollten, weil die zu erwartenden Kosten den zu erwartenden Nutzen ihrer Ansicht nach überstiege.⁵⁰³ Häufiger führt jedoch das ungünstige Kosten-/Nutzen-Verhältnis beim Endverbraucher zum Unterlassen der Rechtsdurchsetzung, insbesondere dann, wenn dieser Opfer von Streuschäden geworden ist.

c) Die Streuschäden

Im Falle von Streuschäden wird das Problem des rationalen Desinteresses besonders deutlich.⁵⁰⁴ Streuschäden entstehen, wenn sich der im Ganzen besehen immense

⁴⁹⁹ Zum Konzept der Verlustaversion *Kahneman*, *Thinking, Fast and Slow*, S. 283ff.

⁵⁰⁰ *Burckhardt*, Auf dem Weg zu einer class action in Deutschland? : Eine Untersuchung des Art. 1 § 3 Nr. 8 RBERG im System zwischen Verbandsklage und Gruppenklage, S. 203. Zur Herleitung dieser Grenze siehe S. 122ff.

⁵⁰¹ *Burckhardt*, S. 203. Zur Herleitung dieser Grenze siehe S. 122ff.

⁵⁰² *Weitbrecht*, NJW 2012, 881, 884.

⁵⁰³ *Office of Fair Trading*, The deterrent effect of competition enforcement by the OFT, S. 78, Rn. 5.87.

⁵⁰⁴ *Sauerland*, S. 38.

Schaden,⁵⁰⁵ der durch das kartellrechtswidrige Verhalten entstanden ist, durch Zwischenhändler über mehrere Marktstufen weitergereicht wird, sodass sich der Schaden auf einen immer weiteren Kreis Betroffener verteilt.⁵⁰⁶ Dem Einzelnen entsteht schließlich nur ein sehr geringer Schaden, den er auf Grund des rationalen Desinteresses in aller Regel nicht geltend machen wird.⁵⁰⁷ Gerade bei kartellrechtswidrigem Verhalten entstehen häufig Streuschäden.⁵⁰⁸ Werden über mehrere Marktstufen kartellbedingt erhöhte Preise auf die Endverbraucher abgewälzt, entstehen diesen typischerweise nur relativ geringe Schäden.⁵⁰⁹ Nicht nur im Falle klassischer Kartelle entstehen Streuschäden. Auch beim sog. Ausbeutungsmissbrauch i.S.v. Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV bzw. § 19 Abs. 2 Nr. 2 oder § 29 GWB können die missbräuchlich überhöhten Preise marktbeherrschender Unternehmen derart auf die Endabnehmer abgewälzt werden, dass dem Einzelnen nur ein geringer Schaden entsteht.⁵¹⁰ Streuschäden entfallen aber nicht nur auf Endverbraucher, sondern können auch eine größere Anzahl von Zwischenhändlern treffen.⁵¹¹

Abhängig von der Höhe des Einzelschadens fehlt dem Geschädigten entweder jegliches Interesse, seinen Schaden klagweise geltend zu machen oder es besteht zwar kein Anreiz für eine Individualklage, wohl aber das Interesse, den Schadensersatz kollektiv durchzusetzen.⁵¹² Im ersten Fall spricht man von einem Bagatellschaden, wobei überhaupt kein Interesse an der Kompensation besteht.⁵¹³ Im zweiten Fall überschreitet der Schaden die Bagatellgrenze. Bezüglich jenes Streuschadens verhindert das rationale Desinteresse eine Durchsetzung. Deshalb müssen sich in der Praxis die Kartellanten, die Streuschäden verursachen, kaum vor den zivilrechtlichen Folgen fürchten.⁵¹⁴ Das rationale Desinteresse schließt jedoch nicht das Interesse an einer Kompensation aus.⁵¹⁵ Eine Überwindung des rationalen Desinteresses, sodass

⁵⁰⁵ Dem steht ein signifikanter Gesamtgewinn des Schädigenden gegenüber *Sauerland*, S. 33.

⁵⁰⁶ *Schwalbe/Höft*, S. 627; Zur Schwierigkeit eine genaue Untergrenze für die Anzahl der Betroffenen zu ziehen *Kruß*, S. 22ff.

⁵⁰⁷ *Schwalbe/Höft*, S. 627f; *Sauerland*, S. 33.

⁵⁰⁸ *Alexander*, S. 128; *Vogel*, S. 13.

⁵⁰⁹ *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 685.

⁵¹⁰ *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 685 (Fn. 115).

⁵¹¹ *Kruß*, S. 27.

⁵¹² *Vogel*, S. 14.

⁵¹³ *Kruß*, S. 27, 29.

⁵¹⁴ *Wagner*, AcP 2006, 352, 408f; *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 708.

⁵¹⁵ *Kruß*, S. 46f.

Streuschäden kompensiert werden, ist – im Gegensatz zur Regulierung von Bagatellschäden – grundsätzlich möglich.⁵¹⁶

Streuschäden bringen neben dem rationalen Desinteresse noch weitere Probleme mit sich. *Alexander* erläutert: „Nicht selten wird der Nachweis der haftungsbegründenden Merkmale Schwierigkeiten bereiten. Denn je breiter und diffuser die Auswirkungen eines schädigenden Ereignisses sind, desto schwerer wird es, Ursachenzusammenhänge aufzuzeigen und im Streitfall vor Gericht zu beweisen.“⁵¹⁷ Daneben ist zu befürchten, dass Rechtsanwälte angesichts des hohen Aufwandes und des im Vergleich hierzu geringen, da streitwertabhängigen, Honorars, eine Mandatierung ablehnen.⁵¹⁸

Von den Streuschäden zu trennen sind Massenschäden. Im Falle von Massenschäden verteilt sich der Gesamtschaden zwar auch auf eine Vielzahl von Geschädigten. Deren Einzelschäden sind jedoch hoch genug, um dem Einzelnen einen Anreiz zur Durchsetzung seines Schadensersatzanspruches zu geben.⁵¹⁹ Eine hohe Anzahl von Schadensersatzklagen führt zu einer Überlastung der Gerichte,⁵²⁰ sodass der Einzelne zum Teil sehr lange auf Kompensation warten muss. Das Phänomen der Massenschäden trat in Deutschland vor allem im Kapitalmarktrecht zu Tage. Die durch fehlerhafte Kapitalmarktinformationen eingetretenen Schäden erreichen regelmäßig Summen, die auch jedem Einzelnen der Zigtausenden von Geschädigten einen Anreiz zur individuellen Geltendmachung bieten.⁵²¹ Anders als im Kartellrecht sind hier Streuschäden nicht das vordergründige Problem.⁵²²

2. Mögliche Lösungen zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung durch Endverbraucher

An Vorschlägen, wie Kartellschadensersatzklagen zum Durchbruch verholfen werden kann, mangelt es nicht. Aber entweder taugt der Vorschlag nicht zur Lösung aller oben genannten Probleme oder er stellt das Parallelsystem aus behördlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung oder die grundsätzliche Schadensersatzdogmatik in Frage. Gesucht werden muss aber nach einer Lösung, die der Informationsasymmetrie

⁵¹⁶ *Kruß*, S. 30.

⁵¹⁷ *Alexander*, S. 130; ebenso *Vogel*, S. 132.

⁵¹⁸ *Sauerland*, S. 40.

⁵¹⁹ Ausführlich *Vogel*, S. 13; *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 664; *Saam*, S. 39f; *Sauerland*, S. 34.

⁵²⁰ *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 665.

⁵²¹ *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 695; *Sauerland*, S. 35.

⁵²² *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 695, 718.

rie und den Problemen der Unkenntnis, dem rationalen Desinteresse und den Streuschäden gleichermaßen Abhilfe schafft, aber so wenig wie möglich in das bestehende Gefüge eingreift.

a) Aktenanforderung durch das Zivilgericht

Dem Vorschlag der Kommission weitgehend folgend regelt die neue Richtlinie in Kapitel II (Artt. 5-8) den Zugang zu Beweismitteln in Händen des Beklagten oder Dritter, also auch den Kartellbehörden. Die Offenlegung von Beweismitteln soll das mitgliedstaatliche Gericht anordnen können, Art. 5 Abs. 1.

Bereits jetzt kann in Deutschland das mit dem Schadensersatzprozess beschäftigte Gericht Kartellamtsakten einschließlich der Kronzeugenanträge nach § 474 Abs. 1 StPO anfordern. In diese Akten muss den Prozessparteien gemäß § 299 Abs. 1 ZPO das Gericht keine Einsicht gewähren, weil es sich um beigezogene, aber nicht um Prozessakten handelt.⁵²³ Gegen die Mitübergabe der sich in Straftaten befindlichen Bonusanträge oder vertraulichen Entscheidungen der Europäischen Kommission an ein Zivilgericht durch die Staatsanwaltschaft können sich die Beklagten nicht wehren, denn „Bonusanträge in Kronzeugenprogrammen stellen trotz der den Kartellanten zugesicherten Vertraulichkeit keine ungewöhnliche Art von Daten i.S.d. § 477 Abs. 4 S. 2 StPO dar.“⁵²⁴ Dies wird sich zukünftig ändern. Art. 6 Abs. 6 verbietet es den mitgliedstaatlichen Gerichten, die Offenlegung von Kronzeugeneinreichungen und Vergleichsabreden anzuordnen.

Unabhängig vom ihrem Umfang lösen Offenlegungspflichten im Schadensersatzprozess nicht die oben dargestellten Probleme, welche dazu führen, dass es gar nicht erst zu einer Klage kommt. Manche Kläger mögen sich zwar ermutigt fühlen, einen Prozess anzustreben, weil sie dank der möglichen Offenlegungsanordnung durch das Gericht ihre Nachweischancen höher einschätzen. Allerdings muss der Kläger das Gericht zunächst von der Beiziehung nach § 474 Abs. 1 StPO überzeugen und hierfür „hinreichend bestimmte Tatsachen kennen und vortragen.“⁵²⁵ Ebenso muss der Beweisführer im Kartellschadensersatzprozess bei einem gerichtlichen Beiziehungser-

⁵²³ *Heinichen*, NZKart 2014, 83, 86.

⁵²⁴ OLG Hamm Beschluss vom 27.11.2013, III - 1 VAs 116/13 - 120/13 und 122/13 = OLG Hamm NZKart 2014, 107, amtliche Leitsätze.

⁵²⁵ *Heinichen*, NZKart 2014, 83, 92.

suchen nach § 432 ZPO „zuvor darlegen, welche konkreten Tatsachen durch Beiziehung der Urkunden bewiesen werden sollen.“⁵²⁶

Zudem ändert an der Lage des unwissenden oder des rational desinteressierten Kartellgeschädigten die Möglichkeit der Beiziehung von Akten durch das Zivilgericht nichts.

b) Aufklärungskampagne über die Schadensersatzberechtigung bei Kartellrechtsverstößen

Eine Informationskampagne, welche Kleinunternehmen und Verbraucher über ihre Rechte nach Kartellrechtsverstößen aufklärt, könnte der Unkenntnis vom Schadensersatzanspruch abhelfen. Im Rahmen derartiger Programme kann aber nicht für den Einzelnen geprüft werden, ob ihn ein Kartellrechtsverstoß getroffen hat, er einen Schaden davongetragen hat und ihm ein Schadensersatzanspruch zusteht.

c) Ausweitung der kartellbehördlichen Veröffentlichungspraxis

Das Bundeskartellamt ist nicht verpflichtet, seine Entscheidungen zu veröffentlichen.⁵²⁷

Der EU-Kommission ist es zwar nicht untersagt, den Volltext ihrer Entscheidung zu veröffentlichen – wohlgemerkt in der nicht-vertraulichen Fassung.⁵²⁸ Verpflichtet ist sie gemäß Art. 30 Abs. 2 VO Nr. 1/2003 (EG) aber nur, den wesentlichen Inhalt der Entscheidung unter Angabe der Beteiligten und der verhängten Sanktionen zu veröffentlichen. Um einer Informationsasymmetrie vorzubeugen, könnten die Kartellbehörden verpflichtet werden, ihre Bußgeldentscheidungen vollumfänglich zu veröffentlichen.⁵²⁹ Eine Pflicht zur Veröffentlichung weitestgehend geschwätzter Bußgeldverfahrensakten würde nur begrenzt helfen.⁵³⁰ Gegen eine vollumfängliche Veröffentlichung sprechen gewichtige Gründe. Der Veröffentlichung einer vertraulichen Fassung der Bußgeldentscheidungen stehen das sowohl grundrechtlich⁵³¹ als auch euro-

⁵²⁶ *Heinichen*, NZKart 2014, 83, 86.

⁵²⁷ Siehe oben § 2 III 2 a) (i).

⁵²⁸ Mit Verweis auf T-198/03 - Bank Austria Creditanstalt, Rn. 76ff *Kellerbauer*, ECLR 2014, 56, 56.

⁵²⁹ Für eine erweiterte, aber nicht vollumfängliche Veröffentlichungspraxis *Dreher*, ZWeR 2008, 325, 344ff.

⁵³⁰ *Dreher*, ZWeR 2008, 325, 343.

⁵³¹ BVerfG Beschluss vom 14. 3. 2006, 1 BvR 2087/03 u.a., Rn. 81= NVwZ 2006, 1041, 1042: „Das Grundrecht der Berufsfreiheit gewährleistet auch den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.“

parechtlich⁵³² geschützte Interesse am Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse entgegen. Von einem schonenden Ausgleich verfassungsrechtlich geschützter Güter kann keine Rede sein, wenn rigoros alle Informationen von den Kartellbehörden veröffentlicht werden. Des weiteren ist zu bedenken, dass die zum Nachweis des Schadensersatzanspruchs notwendigen Informationen sich nicht zwingend nur in den Bußgeldverfahrensakten, sondern auch in den Akten eingestellter oder noch nicht abgeschlossener Verfahren oder in den Unterlagen zu den Sektoruntersuchungen finden.⁵³³ Aber, die Veröffentlichung von Akten eingestellter Verfahren würde wie ein Pranger wirken. Die Unschuldsvermutung für die zunächst verdächtigten Unternehmen könnte im öffentlichen Meinungsbild wohl nur schwer aufrecht zu erhalten sein. Auch wettbewerbspolitisch wäre eine Total-Veröffentlichung nicht wünschenswert. Der Wettbewerb lebt von einer gewissen Intransparenz der Wettbewerber untereinander, welche aufgehoben würde, könnten sich die Wettbewerber mittels der veröffentlichten Unterlagen z.B. über Produktionskapazitäten und –kosten informieren. Zudem löst eine größere Veröffentlichungspraxis allein nicht die oben genannten Probleme. Der rational Desinteressierte profitiert von einer ausgeweiteten Veröffentlichungspraxis der Kartellbehörden nur begrenzt. Kann er sich an Hand der Veröffentlichungen auch ein Bild vom Verstoß machen und ggf. seine Betroffenheit erkennen und einen kausalen Schaden ausmachen, so wird er sich nicht um eine Durchsetzung seines Schadensersatzes bemühen, wenn dessen Höhe nicht im Verhältnis zum Kostenrisiko steht.

d) *Änderungen im Beweisrecht*

Für die Unterentwicklung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in Europa wird auch die für den Kläger vermeintlich ungünstige Beweislastverteilung verantwortlich gemacht.⁵³⁴ Während einer Beweislastumkehr Art. 2 VO Nr. 1/2003 (EG) entgegensteht, wären Beweiserleichterungen rechtlich zulässig.⁵³⁵ Wieder ist dies ein Lösungsvorschlag, der nur die Situation derjenigen verbessert, die sich zu einer gerichtlichen Durchsetzung aus eigenen Stücken durchringen. Zwar können Beweiserleichterungen dem rationalen Desinteresse entgegenwirken, sofern

⁵³² C-53/85 – Akzo, Rn. 28: Der EuGH sieht den Schutz von Geschäftsgeheimnissen als allgemeinen Grundsatz an.

⁵³³ Siehe oben § 2 III 2 f).

⁵³⁴ Papadelli, S. 51.

⁵³⁵ Berrisch/Burianski, WuW 2005, 878, 883.

sie zur Verminderung von Kosten für Vorbereitung und Prozess führen. Für den nichtsahnenden oder von einem Streuschaden Betroffenen bieten Beweiserleichterungen aber zunächst keine Vorteile. Zudem birgt diese Lösung das Risiko, das an sich rechtstreue Unternehmen zu Unrecht schadensersatzpflichtig werden, weil sie sich nicht angemessen verteidigen können. Die Gefahr gerichtlicher Fehlentscheidungen würde sich erhöhen.⁵³⁶

e) Verschmelzung behördlicher und privater Durchsetzung

Kapp schlägt vor, den Dualismus von behördlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung durch ein monistisches System, das sogenannte „Public-Private-Enforcement“ (PPE) zu ersetzen.⁵³⁷ Es sieht vor, den Mehrerlös der Kartellanten abzuschöpfen und an alle Kartellgeschädigten zu verteilen. Zur Lösung der Probleme, welches das Spannungsverhältnis von behördlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung mit sich bringt, sieht das Modell ferner den Ausschluss von Schadensersatzklagen der Geschädigten vor, sodass Akteneinsicht unnötig würde.⁵³⁸ Da jedoch das Recht auf Schadensersatz ein unionsrechtlich geschütztes Recht des Kartellgeschädigten ist,⁵³⁹ verstieße ein solches Modell gegen EU-Recht.

f) Materiell-rechtliche Bündelung durch Abtretung

Faktisch sind Sammelklagen mittels Abtretung möglich. Mehrere Geschädigte treten ihre Schadensersatzforderungen an ein auf Geltendmachung von Forderungen spezialisiertes Unternehmen, wie etwa die bekannte Cartel Damage Claims (CDC), ab. Dieses Modell ist jedoch mit hohen Kosten und viel Aufwand verbunden, sodass es sich nur für Forderungen ab einer bestimmten Höhe lohnt, deren Durchsetzung auch einzeln verfolgt werden könnte.⁵⁴⁰ Nicht geeignet ist die materiell-rechtliche Anspruchs-bündelung als Lösung der Probleme des rationalen Desinteresses⁵⁴¹ und der Streuschäden.⁵⁴² Denn der mit der Abtretung verbundene bürokratische Aufwand würde viele

⁵³⁶ Westhoff, S. 216.

⁵³⁷ Kapp, S. 331ff.

⁵³⁸ Kapp, S. 332f, 339.

⁵³⁹ Siehe unten § 4 II 4 c) (i).

⁵⁴⁰ Fiedler, S. 112.

⁵⁴¹ Fiedler, S. 118.

⁵⁴² Bernhard, Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen. Europäische Kollektivklagen zwischen Effizienz und Effektivität, S. 184.

Kläger davon abhalten, an der kollektiven Rechtsdurchsetzung teilzunehmen.⁵⁴³ Nur „echte“ Sammelklagen versprechen Abhilfe.

Zudem steht das bisherige Geschäftsmodell von CDC auf der Kippe. Nach dem jüngsten Urteil des LG Düsseldorf ist – basierend auf der „Verarmter-Onkel-Rechtsprechung“ des RG – die Abtretung sittenwidrig, wenn CDC nicht finanziell derart ausgestaltet ist, dass es im Fall des Unterliegens die Prozesskosten tragen könnte.⁵⁴⁴ Hat der Zessionar selbst nicht genug Eigenkapital, um im Falle des Unterliegens für die gegnerischen Kosten einzustehen, muss er Garantien solventer Zedenten oder von Investoren glaubhaft machen können.⁵⁴⁵ Für Investoren wird es „wenig attraktiv sein, neben der Finanzierung der Verfahrensvorbereitung und Verfahrensführung auch noch über einen potentiell mehrjährigen Zeitraum hohe Summen bereit zu halten, um jederzeit für gegnerische Kostenerstattungsansprüche eintreten zu können.“⁵⁴⁶ Auch von den Zedenten ist nicht zu erwarten, dass sie in Mithaftung für die Prozesskosten genommen werden wollen. Muss CDC sich aber mit Kapital versorgen, wird dieses auch verzinst werden müssen. In der Folge steigt der Kostendruck und CDC wird den Zedenten eine höhere Marge abverlangen müssen. Die Zahl der dann noch willigen Zedenten wird sich also wahrscheinlich verringern.

g) Kollektiver Rechtsschutz

Zur Überwindung der Probleme des rationalen Desinteresses und der Streuschäden sind Sammel- und Verbandsklagen viel versprechende Lösungen.⁵⁴⁷ Ihre Einführung würde die private Kartellrechtsdurchsetzung stärken⁵⁴⁸ und ist europarechtlich zulässig.⁵⁴⁹ Zur Überwindung des rationalen Desinteresses im Falle von Streuschäden sind Kollektivklagemechanismen erforderlich (Verbesserung der Effektivität der Kartellrechtsdurchsetzung).⁵⁵⁰ Bei Massenschäden sind sie aus prozessökonomischen Gründen geboten (Erhöhung der Effizienz des gerichtlichen Verfahrens).⁵⁵¹

⁵⁴³ *Bien*, S. 136; *Sauerland*, S. 218.

⁵⁴⁴ LG Düsseldorf Urteil vom 17.12.2013, 37 O 200/09 (Kart) U = WuW 2014, 183, 187ff.

⁵⁴⁵ *Makatsch/Abele*, WuW 2014, 164, 167.

⁵⁴⁶ *Makatsch/Abele*, WuW 2014, 164, 167.

⁵⁴⁷ *Fiedler*, S. 42.

⁵⁴⁸ *Fiedler*, S. 117.

⁵⁴⁹ Ausführlich *Bernhard*, S. 71-222; ausführlich *Saam*, S. 159-224; nicht nur bezüglich des Kartellrechts *Sauerland*, S. 347ff.

⁵⁵⁰ *Bernhard*, S. 222; *Saam*, S. 217; nicht nur bezüglich des Kartellrechts *Sauerland*, S. 347ff.

⁵⁵¹ *Bernhard*, S. 222; *Sauerland*, S. 60f.

Nicht jedoch jede Form des kollektiven Rechtsschutzes ist zur Lösung oben genannter Probleme geeignet.

(i) Streitgenossenschaft

Die zivilprozessuale Streitgenossenschaft, §§ 59f. ZPO, wird einhellig als unzureichend für die massenhafte Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen bei Streuschäden gehalten.⁵⁵² Neben der Schwierigkeit, einen gemeinsamen Gerichtsstand zu finden, scheitert die Geltendmachung in Streitgenossenschaft an dem vorprozessualen Aufwand.⁵⁵³ Die Mühe sich zu finden, zu informieren, zu organisieren und sich einig zu werden, ist es in Anbetracht der Schadenshöhe des Einzelnen nicht wert.⁵⁵⁴

(ii) Sammel- oder Gruppenklagen

Der Begriff Sammelklage (oder: Gruppenklage,⁵⁵⁵ engl. „class action“) soll im Folgenden so verstanden werden, dass ein Geschädigter für sich selbst und eine Vielzahl weiterer Betroffener Klage im eigenen Namen erhebt. Die Ansprüche werden nur prozessual gebündelt, nicht aber materiell-rechtlich durch Abtretung.

Sammelklagen würden die Effizienz⁵⁵⁶ der privaten Kartellrechtsdurchsetzung erhöhen, die Gerichte entlasten, Prozesskosten senken und die Einheitlichkeit der Rechtsprechung fördern.⁵⁵⁷ Muss der Betroffene noch in einem aktiven Schritt der Klage beitreten (sog. opt-in Variante), führt die Sammelklage für den Einzelnen trotzdem noch zu einem Aufwand, der sie deswegen für die Betroffenen von Streuschäden unattraktiv werden lässt.⁵⁵⁸ Müssen die Betroffenen hingegen aktiv aus der Klägergruppe austreten (sog. opt-out Variante), ist ihre Einführung wegen der Verletzung des rechtlichen Gehörs des Einzelnen und des Verstoßes gegen die Dispositionsmaxime verfassungsrechtlich höchst bedenklich.⁵⁵⁹

⁵⁵² Burckhardt, S. 84.

⁵⁵³ Burckhardt, S. 85, 120.

⁵⁵⁴ Burckhardt, S. 85, 120.

⁵⁵⁵ Man kann dies auch als Gruppenklage bezeichnen Bernhard, S. 50f; ebenso Saam, S. 59ff.

⁵⁵⁶ Zur Unterscheidung von effektivem und effizientem Rechtsschutz Bernhard, S. 13f.

⁵⁵⁷ Fiedler, S. 120f.

⁵⁵⁸ Bernhard, S. 321; Saam, S. 64f.

⁵⁵⁹ Saam, S. 62ff.

(iii) Verbandsklagen

Bei Verbandsklagen erhebt nicht ein Betroffener die Klage, sondern ein als Repräsentant für die gesamte Gruppe Betroffener fungierender Verband, z.B. ein Verbraucherschutzverband. Der Verband ist hierbei aktivlegitimiert, ohne dabei selbst in subjektiven Rechten verletzt sein zu müssen.⁵⁶⁰ Einige Autoren ziehen die Verbandsklage der Sammelklage vor, weil es bei ersterer auf Grund der Fehlanreize, die eine Erfolgshonorierung des Rechtsanwalts als Vertreter der Geschädigtengruppe bietet, zu ungünstigen Vergleichsabschlüssen für die Geschädigten kommen kann.⁵⁶¹ Da bei Verbänden die Gewinnmaximierung nicht im Vordergrund stehe, sei diese Gefahr bei Verbandsklagen geringer.⁵⁶² Zwischen den verschiedenen Modellen wird die Verbandsklage auf Vorteilsabschöpfung der Verbandsklage auf Schadensersatz vorgezogen.⁵⁶³

Hinsichtlich des außer Kraft getretenen Art. 1 § 3 Nr. 8 Rechtsberatungsgesetz (RBerG) hat *Burckhardt* vertreten, dass dieser bereits drei selbstständige, nebeneinander tretende Verbandsklagen zu Gunsten von Verbrauchern geschaffen habe: Erstens, eine Verbands-Musterklage nach Abtretung oder nach Ermächtigung durch einen Verbraucher oder eine kleine Gruppe zur Schaffung von Präzedenzfällen; zweitens, eine Verbands-Sammelklage mit Registrierung als opt-in Möglichkeit für Verbraucher; und drittens, eine Bagatellverbandsgruppenklage ohne das Bedürfnis für eine Ermächtigung seitens der Verbraucher mit Schäden bis zu einer Höhe von 150 €.⁵⁶⁴ Mit seiner Abschaffung ist der Regelungsgehalt von Art. 1 § 3 Nr. 8 RBerG in das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) und die ZPO überführt worden. Die außergerichtliche Erbringung von Rechtsdienstleistungen ist Verbraucherzentralen und anderen mit öffentlichen Mitteln geförderten Verbraucherverbänden nach § 8 Abs. 1 Nr. 4 RDG erlaubt. Die gerichtliche Einziehung von Forderungen von Verbrauchern durch Verbraucherzentralen und andere mit öffentlichen Mitteln geförderte Verbraucherverbände bei der Einziehung von Forderungen von Verbrauchern im Rahmen ihres Aufgabenbereichs erlaubt § 79 Abs. 2 Nr. 3 ZPO. Die Erkenntnisse *Burckhardts* sind also

⁵⁶⁰ *Saam*, S. 67.

⁵⁶¹ *Burckhardt*, S. 92f.

⁵⁶² *Burckhardt*, S. 93.

⁵⁶³ Zu den dogmatischen Zweifeln und den praktischen Problemen von Verbandsklagen auf Schadensersatz im Vergleich zu jenen auf Vorteilsabschöpfung *Bernhard*, S. 323ff.

⁵⁶⁴ Seine Erkenntnisse fasst zusammen *Burckhardt*, S. 200ff.

auch unter der neuen Rechtslage zutreffend. Dies bestätigt auch *Fiedler* ausdrücklich hinsichtlich der opt-in Verbandsgruppenklage.⁵⁶⁵

Eine opt-in Verbandsklage, welche nur prozessual die Ansprüche bündelt und welcher das Opfer mittels eines aktiven Schrittes beitreten muss, verspricht allerdings nur wenig Erfolg, weil der (nicht erstattungsfähige) Privataufwand des Beitritts und das Prozessrisiko abschrecken.⁵⁶⁶ Erst ab einer Schadenshöhe von etwa 150 € wird ein Verbraucher tätig werden.⁵⁶⁷ Es wird vertreten, im Falle von Streuschäden sei es allein zielführend, die Ansprüche materiell-rechtlich zu bündeln, ohne dass die einzelnen Anspruchsinhaber dem zustimmen müssten, und dann in Form von Verbandsklagen geltend zu machen.⁵⁶⁸ Die Rechtsdurchsetzung würde in jenen Fällen gestärkt, in denen aus Unkenntnis eine Klageerhebung ausblieb.⁵⁶⁹ Denn der Verband würde auch für diejenigen mit tätig, die gar nichts von ihrem Schaden wissen. Diesen Stimmen ist mit der Maßgabe zuzustimmen, dass es sich um Einzelschäden von unter 150 € handeln muss. Für Streuschäden, die im Einzelnen 150 € übersteigen und noch keine Massenschäden sind, bietet sich allerdings die opt-in Variante, z.B. mittels einer einfach gehaltenen Registrierung bei Gericht, an. Bei Massenschäden reicht hingegen die prozessuale Bündelung in Form von Sammelklagen, da der einzelne Geschädigte auf Grund ausreichender Schadenshöhe einen Anreiz zur Rechtsdurchsetzung habe und es einer materiellen Anspruchsbündelung daher nicht bedarf.⁵⁷⁰

(iv) Hybrid aus Gruppenklage und Musterprozess (KapMuG)

Bei Musterklagen oder Musterfeststellungsverfahren werden nicht vor Prozessbeginn Ansprüche gebündelt, sondern sie dienen „der prozessökonomischen Bündelung bereits anhängiger Klagen.“⁵⁷¹ Die Regelungen des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (KapMuG) können als Hybrid aus Gruppenklage und Mus-

⁵⁶⁵ *Fiedler*, S. 115.

⁵⁶⁶ Ähnlich *Fiedler*, S. 248. Laut *Fiedler* taugt die opt-in Verbandsgruppenklage nicht zur Überwindung des rationalen Desinteresses, weil im Falle von Streuschäden kein Anreiz für die Geschädigten bestehe, einen aktiven Schritt zu unternehmen.

⁵⁶⁷ Zusammenfassend *Burckhardt*, S. 203.

⁵⁶⁸ *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 693; nur die Opt-out Variante könne die rationale Apathie des einzelnen Geschädigten sachgerecht überwinden, meint *Scholl*, S. 259; ebenfalls für eine opt-out Lösung *Fiedler*, S. 118ff.

⁵⁶⁹ *Bernhard*, S. 222.

⁵⁷⁰ *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 693.

⁵⁷¹ *Bernhard*, S. 52.

terprozess klassifiziert werden.⁵⁷² Trotz einiger Schwachstellen hat sich das KapMuG in der Praxis bewährt.⁵⁷³ Allerdings sollte das KapMuG bei der Überwindung der in Zusammenhang mit Massenschäden auftretenden Problemen, etwa der Prozessflut, helfen. Eine Übertragung des KapMuG auf das Kartellrecht scheint wegen der unterschiedlichen Probleme nicht geeignet. *Zimmer/Höft* erklären: „Diese Form der Bündelung erscheint jedoch zur Überwindung mangelnder Klageanreize bei *Streuschäden* nicht geeignet, da sie nichts daran ändert, dass der Geschädigte zunächst vor der Entscheidung steht, ob er ein hohes Prozesskostenrisiko in Kauf nimmt. Die Existenz des KapMuG vermag kaum einen Einfluss auf das Kalkül des Geschädigten auszuüben, denn dieser muss bei Erhebung der erstinstanzlichen Klage zunächst mit dem normalen Kostenrisiko rechnen. Dass es nach Klageerhebung tatsächlich zu einem Musterverfahren kommt und bspw. die Kosten eines Sachverständigengutachtens nach § 17 KapMuG auf die einzelnen Ausgangsverfahren umgelegt werden, steht zu diesem Zeitpunkt noch nicht fest.“⁵⁷⁴ (Hervorhebung im Original).

(v) Zwischenergebnis zum kollektiven Rechtsschutz

Festzuhalten ist, dass von den in diesem Abschnitt diskutierten Lösungsmöglichkeiten allein Mechanismen des kollektiven Rechtsschutzes Abhilfe für die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Unkenntnis der Verbraucher, dem rationalen Desinteresse und den Streuschäden versprechen. Für die Zwecke der Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen sind jedoch nicht alle Klagearten geeignet. Ab einer Schadenshöhe, die den Aufwand rechtfertigt, aktiv einer Klage beizutreten, kommen die prozessuale Bündelung in einer opt-in Sammelklage oder die materiell-rechtliche Abtretung des Anspruchs an einen Verband zum Zwecke einer opt-in Verbandsklage in Betracht. Die Grenze ist bei 150 € zu ziehen. Darunter ist nur die Geltendmachung der Schäden mittels einer opt-out Verbandsklage zweckmäßig, für die der Verbraucherschutz- oder ein ähnlicher Verband nicht der Einwilligung der einzelnen Betroffenen bedarf. Können die Geschädigten identifiziert werden, soll an sie der Schadensersatz ausgekehrt werden. Insoweit eine Identifizierung nicht möglich ist, ist un-

⁵⁷² Ausführlich zur Wirkungsweise des KapMuG und zur rechtlichen Qualifikation des Verfahrens *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 665ff, 694ff.

⁵⁷³ Differenziert *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 696ff.

⁵⁷⁴ *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 694.

ter dem Gesichtspunkt der Steuerungsfunktion des Haftungsrechts der Schadenersatz vom Verband einzubehalten.⁵⁷⁵

Aber auch wenn Ansprüche gebündelt geltend gemacht werden können, verbleibt es zunächst beim Informationsgefälle zwischen Schädiger und Geschädigten. Eine Sammel- oder Verbandsklage braucht eine Initialzündung: Die Anspruchslage muss rechtlich bewertet, Geschädigte identifiziert, gesammelt und schließlich nach Wahl der geeigneten Verfahrensform vertreten werden. Dies kann nur mit Hilfe von Informationen aus den Akten der Kartellbehörden gelingen. Zu fordern ist deshalb ein eigenständiger Informationsanspruch für Rechtsanwälte als Organe der Rechtspflege gegenüber den Kartellbehörden.

3. Eigenständiger Informationsanspruch des nicht mandatierten Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege

Zur Lösung der bestehenden Probleme der Informationsasymmetrie, der Unkenntnis von Schaden oder Anspruch, des rationalen Desinteresses und der Streuschäden ist Rechtsanwälten ein eigenständiger Informationsanspruch gegenüber den Kartellbehörden einzuräumen, der sie dazu berechtigt, in vergleichbarem Umfang Auskunft zu verlangen und die behördlichen Akten einzusehen, wie sie es im Auftrag eines Kartellgeschädigten dürften. Es soll nun dargelegt werden, warum ein eigener Informationsanspruch das geeignetste Mittel ist und warum er nur Rechtsanwälten zu gewähren ist.

a) Warum gerade ein Informationsanspruch?

Ein solcher Anspruch löst zum einen das Problem der Unkenntnis vom Schaden, denn ein mit dem Sachverhalt vollständig Vertrauter kann die Betroffenen informieren. Er ist zum anderen notwendige Voraussetzung für einen wirksamen kollektiven Rechtsschutz und damit – wenn auch mittelbar – unerlässlich zur Überwindung von rationalem Desinteresse und der Streuschadenproblematik. Schließlich ist die Anerkennung eines Informationsanspruches ein vergleichsweise milder Eingriff.

(i) Keine Abhilfe mittels Verbands- und Sammelklagen allein

Verbands- und Sammelklagen allein können die Probleme des rationalen Desinteresses und der Streuschäden nicht lösen. Wie *Fiedler* bemerkt, kann den Schwierigkeiten

⁵⁷⁵ *Burckhardt*, S. 201.

bei Begründung und Nachweis eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruches „nur begrenzt durch die Einführung einer (Verbands-)Gruppenklage begegnet werden. Doch handelt es sich um Probleme, die ungelöst dazu führen könnten, dass (Verbands-)Gruppenklagen sinnlos sind und nicht erhoben werden. Denn Begründung und Nachweis eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruches sind für eine erfolgreiche (Verbands-)Gruppenklage erforderlich. Sie sind allerdings, vergleichbar mit der Identifizierung der potentiell Geschädigten, sehr aufwändig und für den Kläger wegen der strukturellen Informationsasymmetrie häufig schwer möglich.“⁵⁷⁶ Zur Vorbereitung der Klage(n) werden – wie bei der Schadensersatzklage eines einzelnen Geschädigten – etliche Informationen aus den kartellbehördlichen Akten benötigt.⁵⁷⁷ Dafür aber müsste sich zumindest ein Geschädigter finden, der über seinen Rechtsanwalt Akteneinsicht nimmt. Ein Geschädigter wird dies nur tun, wenn er sich seines Anspruchs überwiegend sicher ist, denn er trägt das Kostenrisiko. Stellt sich heraus, dass ein Anspruch nicht besteht, war die Akteneinsicht umsonst, nicht nur für den Mandanten selbst, sondern auch für den Anwalt, denn der darf die erlangten Information nicht zur Werbung anderer Mandanten weiterverwenden.⁵⁷⁸ Die anfängliche Unsicherheit, ob sich die Akteneinsicht lohnt oder nicht, wirkt in der Breite abschreckend. Kaum ein nur geringfügig geschädigter Mandant wird die Kosten der Einsichtnahme (Anwaltshonorar, ggf. Gebühren für Kopien, Reisekosten etc.) schultern und sich zudem dem Risiko aussetzen wollen, nicht von der Einsichtnahme zu profitieren. Es würde ihm noch nicht mal die Genugtuung verbleiben, sein – für ihn selbst unergiebiges – Vorstoß habe letztlich wenigstens anderen zu ihrem Recht verholfen. Mithin besteht die Gefahr, dass Geschädigte aus Scheu vor dem Kostenrisiko und dem Zeitaufwand, aus eigener Initiative einen Rechtsanwalt aufzusuchen, von einer Einsichtnahme absehen. Dem zu erwartenden Gegenargument, jedenfalls ein Geschädigter werde sich immer finden, mit dessen Hilfe Akteneinsicht beantragt werden kann, ist entgegenzutreten. Zum einen fehlt Endverbrauchern sehr oft die Kenntnis ihrer Betroffenheit.⁵⁷⁹ Ist der Weg eines kartellierten Rohstoffes bis zum Endprodukt ohne Branchenkenntnisse nicht nachzuvollziehen, wird kein einziger der Betroffenen von seiner Schädigung wissen. Zum anderen wirkt das rationale Desinte-

⁵⁷⁶ Fiedler, S. 190.

⁵⁷⁷ Siehe oben § 2 III.

⁵⁷⁸ LG Mannheim Urteil vom 24.11.2006, 7 O 128/06, Rn. 111 = LG Mannheim NJOZ 2007, 1954.

⁵⁷⁹ Siehe oben § 4 I 1 a).

resse schon sehr früh: Selbst wenn der Endverbraucher vermutet, einen Schaden erlitten zu haben, können die Kosten für die eigene Vor-Recherche, ob denn tatsächlich ein Schaden entstanden sei, bereits schon höher als der Schaden sein. Der Endverbraucher verbleibt letztlich in Unkenntnis.

Die derzeit im deutschen Recht bestehenden Möglichkeiten des kollektiven Rechtsschutzes setzen einen aktiven Schritt der Geschädigten voraus.⁵⁸⁰ Je kleiner der Einzelschaden, desto stärker wirkt das Phänomen des rationalen Desinteresses. An Kompensation ist der Geschädigte aber trotzdem interessiert. Um ihm zur Entschädigung zu verhelfen, muss der Rechtsanwalt auf ihn zukommen. Identifiziert der Rechtsanwalt den Geschädigten, berechnet im Vorfeld die (für den Fall typische) Schadenshöhe und gibt seine Einschätzung zum Prozessrisiko ab, entfällt ein Großteil des Privataufwands des Geschädigten. Das wirkt dem rationalen Desinteresse entgegen. Der Rechtsanwalt kann dem Betroffenen aber nur entgegenkommen, wenn er überhaupt weiß, wer Betroffener ist. Dazu benötigt er einen eigenständigen Informationsanspruch. Damit kollektiver Rechtsschutz nicht ins Leere läuft, sondern wirksam eingesetzt werden kann, bedarf es deshalb eines eigenständigen, d.h. nicht von einem Kartellgeschädigten abhängigen, Informationsanspruchs des Rechtsanwalts.

(ii) Vergleichsweise milder Eingriff

Die Gewährung eines eigenständigen Informationsanspruches würde ohne Zweifel Interessen und Rechte der am Verfahren vor den Kartellbehörden Beteiligten tangieren, z.B. das Interesse am Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie das Interesse an einem guten Ruf. Allerdings würden Änderungen im Beweisrecht (Beweislastumkehr, Vermutungsregeln etc.) oder die unzensierte Veröffentlichung der kartellbehördlichen Erkenntnisse die Verfahrensbeteiligten ungleich stärker belasten. Die Gewährung eines Informationsanspruchs ist somit ein vergleichsweise mildes Mittel. Zudem trägt ein Informationsanspruch, mit dessen Hilfe im Vorfeld eines gerichtlichen Verfahrens bestimmt werden kann, ob ein durchsetzbarer Schadensersatzanspruch besteht oder nicht, dazu bei, unnötige Schadensersatzprozesse zu verhindern. Die Gerichte werden entlastet und den Parteien bleibt ein aufwendiges und potentiell rufschädigendes Gerichtsverfahren erspart.

⁵⁸⁰ Fiedler, S. 118.

b) Warum gerade der Rechtsanwalt?

Der Rechtsanwalt soll alleiniger Anspruchsberechtigter sein. Zum einen kann er als einziger den Gang der Anspruchsdurchsetzung von Anfang bis Ende begleiten, und es ist aus verschiedenen Gründen sinnvoll, ihm hierzu einen Anreiz zu geben. Zum anderen ist er als Organ der Rechtspflege berufen, an der privaten Kartellrechtspflege mitzuwirken.

(i) Bündelung von Verfahrensschritten und Anreize

Eine Bündelung der verschiedenen Verfahrensschritte in den Händen des Rechtsanwalts ist effizient: Er nimmt Einsicht in die Akten, prüft den Sachverhalt, identifiziert Ansprüche und Anspruchsberechtigte, bündelt diese, kooperiert ggf. mit Prozessfinanzierern oder Verbraucherschutzverbänden und vertritt schließlich die Geschädigten gerichtlich oder außergerichtlich. Dabei kommt einem Rechtsanwalt zu Gute, dass er für alle diese Tätigkeiten sowohl über die erforderlichen Kenntnisse (juristische Bewertung des Sachverhalts) verfügt als auch zu deren Ausübung bereits zugelassen ist (z.B. Vertretung vor Gericht) und zudem beim Umgang mit Informationen besonderen Berufspflichten unterliegt, die den Schutz Dritter gewährleisten (Verschwiegenheitspflicht). Der Rechtsanwalt ist prädestiniert, von Anfang bis Ende die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen zu begleiten.

Zudem ist es sinnvoll, Rechtsanwälten zusätzliche Anreize zu geben, von sich aus tätig zu werden. Vor Einführung des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) hatte man die Erfahrung gemacht, dass Rechtsanwälte auf Grund des geringen Wertes einer einzelnen Forderung und des sich daraus ergebenden kleinen Anwaltshonorars sich nicht zu einer effektiven Rechtsvertretung veranlasst sahen.⁵⁸¹ Anstatt selbst tätig zu werden, wurden zunächst die Ergebnisse der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen abgewartet.⁵⁸² Ein eigenständiger Informationsanspruch, der Akteneinsicht zu jedem Zeitpunkt des Ermittlungsverfahrens erlaubt, gekoppelt mit der Möglichkeit Sammelklagen anzustreben, gäbe dem Rechtsanwalt einen Anreiz, tätig zu werden und würde so die gesamte private Kartellrechtsdurchsetzung ankurbeln. Da der Rechtsanwalt in Konkurrenz zu seinen Standesgenossen steht, wird er sich auch bemühen, möglichst rasch Informationen zu sammeln und den Geschädigten Konzepte

⁵⁸¹ Reuschle, NZG 2004, 590, 590.

⁵⁸² Reuschle, NZG 2004, 590, 590.

zur Durchsetzung ihres Schadensersatzanspruches anzubieten, anstatt einfach nur zuzuwarten und so der Verjährungseinrede Vorschub zu leisten. Es ist zu hoffen, dass Geschädigte so schneller entschädigt werden.

Schließlich kann die Gewährung eines Informationsanspruches zu einer wünschenswerten Spezialisierung auf Seiten der Klägeranwälte führen. Bei geringen Streitwerten besteht kein ausreichender Anreiz für den Rechtsanwalt, sich zu spezialisieren.⁵⁸³ Derzeit „besteht bei indirekten Abnehmern und generell bei Verbrauchern das Problem, dass sie in dem konkreten Fall einmalig klagen und auch nur für diesen konkreten Fall einen Rechtsanwalt als Vertreter suchen werden. Dies führt dazu, dass der einzelne Kläger in dem Spezialgebiet kaum Erfahrung besitzt sowie auch weniger Unterstützung durch einen Anwalt hat. Denn das Interesse des Anwalts an einem einmaligen Prozess wird deutlich geringer sein als das des rechtlichen Beistandes des Schädigers. (...) Dieses Problem kann durch kollektive Rechtsschutzmöglichkeiten in Teilen gelöst werden. Ein auf kollektive Rechtsschutzverfahren spezialisierter Anwalt wird an einem solchen Rechtsschutzverfahren ein größeres Interesse besitzen als an einem Individualprozess.“⁵⁸⁴ Da – wie oben dargestellt – kollektiver Rechtsschutz nur in Kombination mit der Gewährung eines eigenständigen Informationsanspruches für Rechtsanwälte sein Potential voll ausschöpfen kann, dient mittelbar der Informationsanspruch auch als Anreiz, sich auf Kartellschadensersatzklagen zu spezialisieren und führt so zur wünschenswerten Waffengleichheit von Kläger und Beklagten.

(ii) Stellung als Organ der Rechtspflege

Ein Informationsanspruch für Rechtsanwälte würde also zu einer hohen Effizienz bei der privaten Kartellrechtsdurchsetzung führen, da alle Verfahrensschritte „aus einer Hand“ geleistet werden können. Dies allein kann eine Beschränkung auf die Gruppe der Rechtsanwälte nicht rechtfertigen. Man müsste sich den Vorwurf gefallen lassen, Rechtsanwälte bekämen ein Monopol auf ein potentiell sehr lukratives Geschäftsfeld. Warum sollten nicht auch Mitarbeiter von Unternehmen wie der Cartel Damage Claims (CDC), die mit einem Abtretungsmodell arbeiten, Einsicht in die Kartellamtsakten nehmen dürfen? Auch solche Unternehmen tragen in gewissem Maße zu einer besseren Kartellrechtsdurchsetzung bei. Warum sollten nicht auch Prozessfinanzierer einen Informationsanspruch erhalten, um im Vorfeld einer Finanzierung das Be-

⁵⁸³ Sauerland, S. 40.

⁵⁸⁴ Fiedler, S. 44f.

stehen und die Durchsetzbarkeit der in Frage stehenden Ansprüche selbst überprüfen zu können? Warum sollten Mitarbeiter von Verbraucherschutzverbänden keinen Anspruch auf Auskunft oder Einsicht haben? Der Informationsanspruch darf nur dem Rechtsanwalt zustehen, weil die anderen möglichen Anspruchsinhaber nicht denselben strengen, zum Schutze Dritter notwendigen, Berufspflichten unterliegen und weil der Rechtsanwalt im Gegensatz zu den Anderen ein Organ der Rechtspflege ist und deshalb zur Mitwirkung an der Anspruchsdurchsetzung berufen ist.

(a) Nichteignung anderer möglicher Anspruchsinhaber

Akteure im Spiel der privaten Kartellrechtsdurchsetzung sind neben den Rechtsanwälten die Verbraucherschutzverbände, Prozessfinanzierer und Unternehmen wie Cartel Damage Claims (CDC), die mit einem Abtretungsmodell arbeiten. Sie können oder wollen nicht alle Geschädigten vertreten, sind auf Grund von Interessenkollisionen keine unabhängigen Berater und sind vor allem nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet.

Im Fokus der Verbraucherschützer steht der Endverbraucher. Die Verbraucherschutzverbände sind satzungsgemäß auf die Wahrnehmung der Interessen von Verbrauchern limitiert. Sie treten z.B. nicht für Kleinunternehmer ein, die ebenso von Streuschäden betroffen sein können, wie z.B. eine große Anzahl Kioskbetreiber. Prozessfinanzierer⁵⁸⁵ übernehmen eine wichtige Rolle bei der gerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen.⁵⁸⁶ Prozessfinanzierer finanzieren die gerichtliche Durchsetzung von Geldforderungen oder geldwerten Rechten, also auch von Schadensersatzansprüchen.⁵⁸⁷ Schadensersatzansprüche nach § 33 Abs. 3 GWB kommen somit grundsätzlich in Betracht. Allerdings haben die Anbieter erst ab einem gewissen Streitwert ein Interesse an einem Vertragsschluss. Gibt es neben großen Finanzierern auch kleinere Unternehmen, die ab geringeren Streitwerten Prozessfinanzierung anbieten, so liegen die Wertgrenzen jedoch immer noch im vierstelligen Bereich.⁵⁸⁸ Opfern von Streuschäden steht die Möglichkeit der Prozessfinanzierung somit faktisch nicht zur Verfügung. Auch Unternehmen, die mit einem Abtretungsmodell arbeiten,

⁵⁸⁵ Lesenswert zum Wesen des Prozessfinanzierungsvertrags und seine Auswirkungen auf Rechte und Pflichten des Rechtsanwalts *Sturm*, Zivilrechtliche, prozessuale und anwaltsrechtliche Probleme der gewerblichen Prozeßfinanzierung, S. 45ff, 179ff.

⁵⁸⁶ Die Wichtigkeit von Prozessfinanzierern erläutert an Hand eines Beispiels *Burckhardt*, S. 42f.

⁵⁸⁷ *Sturm*, S. 69f.

⁵⁸⁸ *Sturm*, S. 68f; *Kallenbach*, AnwBl 2010, 352, 353.

sind erst aber einer bestimmten Schadenssumme an einer Zusammenarbeit interessiert. Verbraucherschutzverbände sind satzungsgemäß auf die Wahrnehmung von Verbraucherinteressen beschränkt; Prozessfinanzierer und CDC-ähnliche Unternehmen wollen aus wirtschaftlichen Gründen nicht jeden Kartellgeschädigten vertreten. Potentielle Kunden können sie nicht unabhängig beraten, denn sie sind viel größeren Interessenkonflikten ausgesetzt als ein Rechtsanwalt. Ein Rechtsanwalt kann den Geschädigten unabhängig beraten und muss nicht nur auf eine Abtretung/Prozessfinanzierung hinwirken. Einige Geschädigte möchten ihren Anspruch nicht abtreten, etwa weil sie ihn in voller Höhe lieber selbst mit Hilfe ihres Rechtsanwalts durchsetzen wollen, die Forderung also nicht um die Marge des auf Abtretung spezialisierten Unternehmens reduziert sehen wollen.⁵⁸⁹ Ein Rechtsanwalt kann dem Geschädigten mehrere Möglichkeiten bieten: die Durchsetzung der Ansprüche außergerichtlich oder gerichtlich, im Einzelprozess oder im Rahmen einer Sammelklage, mit oder ohne Hilfe eines Prozessfinanzierers. Selbstverständlich kann er auch für den Mandanten in Verhandlung mit einem auf Abtretung spezialisierten Unternehmen treten. Indem der Rechtsanwalt seinem Mandanten alle Möglichkeiten anbieten kann, erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass der Mandant seinen Schadensersatzanspruch auch geltend macht.

Auch der Rechtsanwalt handelt nicht rein altruistisch. Eine vorbereitende, eigenständige Akteneinsicht würde seinem geschäftlichen Interesse dienen. In konkreten Angelegenheiten vertritt der Rechtsanwalt aber fremde Interessen und ist nicht persönlich betroffen. Er kann mit dem gebotenen Abstand auf die Dinge schauen und ist im Umgang mit Berufs- und Geschäftsgeheimnissen geschult. Einem Unternehmen hingegen, dass sich Forderungen abtreten lassen will, geht es auch in der konkreten Sache um eine eigene Angelegenheit, nämlich um die dann eigenen Ansprüche. Ein Prozessfinanzierer schießt eigenes Kapital für den Prozess vor. Auch er ist damit in erheblichem Maße persönlich involviert. Wie der Geschädigte selbst, haben sowohl Unternehmen, die abgetretene Forderungen geltend machen, als auch Prozessfinanzierer ein unmittelbares eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens. Deswegen sprechen

⁵⁸⁹ Nebenbei bemerkt: Ein Informationsanspruch für CDC-ähnliche Unternehmen könnte also zu einer paradoxen Situation führen: Wird einem Geschädigten von einem CDC-ähnlichen Unternehmen ein Abtretungsvertrag angeboten, kann er sich sicher sein, dass ein Anspruch besteht und die Durchsetzungswahrscheinlichkeit hoch ist. Verbleiben also nur noch das Risiko, dass der Schuldner bis zum Erhalt des Titels zahlungsunfähig wird und der Anreiz, sofort Geld und nicht erst nach einem u.U. langwierigen Prozess. Für das gesunkene Risiko kann CDC also nur noch eine geringere Marge verlangen.

die gleichen Gründe gegen die Gewährung eines unmittelbaren Akteneinsichtsrechts wie beim Geschädigten. Aus dem Grunde der Manipulationsgefahr und um Interessenskonflikten vorzubeugen, gewährt § 406e Abs. 1 StPO nämlich nicht unmittelbar dem Verletzten Einsicht, sondern sieht die Zwischenschaltung eines Rechtsanwalts vor. Die Gefahr der Manipulation der Akten wird vermieden und nicht relevante, aber sensible Daten behält der Rechtsanwalt stillschweigend für sich. Sieht der Rechtsanwalt die Akten in seiner Kanzlei durch, kann er sie vor dem Zugriff Dritter schützen. Hingegen die Akten, die ein Mitarbeiter eines Unternehmens mit in sein Büro nimmt, unterliegen dem Zugriff des Arbeitgebers. Auch bei Justizaren, die als Rechtsanwälte bei der Rechtsanwaltskammer zugelassen sind, besteht dieses Problem. Sie können § 19 Abs. 1 Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA) – wem Originalunterlagen überlassen werden, darf diese nur seinen (Kanzlei-)Mitarbeitern überlassen – u.U. nicht einhalten.⁵⁹⁰ Auch die Weitergabe von aus Akteneinsicht gewonnenen Informationen an den Mandanten ist nicht ohne Grund beschränkt:

„In den Fällen der §§ 147, 406e und 475 StPO kann eine Informationsübermittlung an Private grundsätzlich nur über einen Rechtsanwalt und bei Vorliegen eines entsprechenden berechtigten Interesses erfolgen. Die „Vorschaltung“ eines Rechtsanwaltes soll dem Interesse der Rechtspflege dienen und gewährleisten, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach allen Seiten ausreichend geschützt wird, ohne dass die Informationsmöglichkeiten unvertretbar eingeengt würden.“⁵⁹¹

Neben der Verhinderung von Manipulationen an den Behördenakten ist also auch der Schutz der informationellen Selbstbestimmung Dritter Grund für die Vorschaltung des Rechtsanwalts. Der Schutz der informationellen Selbstbestimmung wird durch die Verpflichtung des Rechtsanwalts zur Verschwiegenheit garantiert. Diese Verschwiegenheitsverpflichtung ist es auch, die den Rechtsanwalt zum einzig geeigneten Anspruchsinhaber macht. Als Mitglied der Rechtsanwaltskammer ist der Rechtsanwalt der Aufsicht der Rechtsanwaltskammer und der Anwaltsgerichte unterstellt und standesrechtlichen Pflichten unterworfen, wie etwa § 43a Abs. 2 S. 1, 2 BRAO: „Der Rechtsanwalt ist zur Verschwiegenheit verpflichtet. Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihm in Ausübung seines Berufes bekanntgeworden ist.“

⁵⁹⁰ Munte, AnwBl 1998, 500, 503.

⁵⁹¹ Mit Verweis auf die Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zur Änderung und Ergänzung des Strafverfahrensrechts – StVÄG 1999, BT-Drucks. 14/1484, S. 26, OLG Hamm Beschluss vom 26.11.2013, III - 1 VAs 116/13 - 120/13 und 122/13 = OLG Hamm NZKart 2014, 107, 107f.

Zu Rechtsbeiständen, die nicht Mitglieder einer Rechtsanwaltskammer sind, oder Dritten bestehen entscheidende Unterschiede. Deshalb stellt es auch keine Verletzung des Gleichheitssatzes, Art. 3 Abs. 1 GG, oder der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG, eines nicht verkammerten Rechtsbeistands dar, wenn ein Gericht dessen Akteneinsichtsgesuch nach § 406e Abs. 1 StPO ablehnt. Das BVerfG führt aus:

„Erlangt ein Rechtsanwalt oder ein Rechtsbeistand, der Mitglied einer Rechtsanwaltskammer ist, im Wege der Akteneinsicht Informationen, gibt es gesetzliche Vorkehrungen gegen deren Weiterverbreitung. Der wichtigste Schutzmechanismus ist die Beschränkung des Einsichtsrechts auf Rechtsanwälte, also auf Personen, die zur Geheimhaltung berechtigt und verpflichtet sind. Sie handeln bei der Akteneinsicht nicht bloß im Auftrag ihrer Mandanten, sondern haben zugleich das Recht auf Vertraulichkeit zu Gunsten solcher Personen zu wahren, über die aus den Akten Erkenntnisse gewonnen werden. Sie agieren nicht als Boten, die Akten anfordern, den Inhalt kopieren und sodann an die Verletzten oder deren Versicherungen weiterleiten. Sie haben vielmehr die schutzwürdigen Interessen der Beschuldigten (vgl. BR-Dr 51/86, S. 17) oder deren Recht auf informationelle Selbstbestimmung (vgl. BR-Dr 65/99, S. 33) zu beachten. Die Befugnis der Akteneinsicht ist mit der Beschränkung auf Rechtsanwälte und ihnen gleichgestellte Personen kein Privileg, sondern eine diesen zugewiesene Aufgabe als vertrauenswürdige Organe der Rechtspflege.

Dem hiermit betrauten Personenkreis wird diese Stellung durch flankierende Regelungen in der StPO und im StGB ermöglicht. In einem Strafverfahren steht ihnen ein Zeugnisverweigerungsrecht aus beruflichen Gründen gem. § 53 I Nr. 3 StPO zu; hinsichtlich der Unterlagen besteht ein Beschlagnahmeverbot nach § 97 StPO. Nachdruck verliehen wird der Verschwiegenheitspflicht im StGB; die Offenbarung des erlangten Wissens ist gem. § 203 I Nr. 3 i.V. mit Abs. 3 StGB mit Strafe bedroht. Diese Vorschriften gelten nicht für Rechtsbeistände, die keine Kammermitglieder sind. Dieser Personenkreis, dem der Bf. angehört, bietet minder wirksamen Schutz hinsichtlich der aus den Akten erlangten Informationen. Damit ist der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit zu rechtfertigen. Die Einschränkung steht in einem angemessenen Verhältnis zum Eingriffszweck; sie ist den Rechtsbeiständen auch zumutbar, weil es in ihrer Entschließungsfreiheit liegt, ob sie sich durch Beitritt zur Rechtsanwaltskammer gem. § 209 BRAO derselben Pflichtenbindung wie Rechtsanwälte unterwerfen. Die Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit ist nicht allein Folge eines gesetzgeberischen Eingriffs; sie beruht gleichermaßen auf der Tatsache, dass der Bf. nicht für die Verkammerung optiert hat.“⁵⁹²

Garant für den Schutz der informationellen Selbstbestimmung ist der Rechtsanwalt auf Grund der strengen Berufsregeln, denen er unterworfen ist. Mitarbeiter von Verbraucherschutzverbänden, Prozessfinanzierern oder CDC-ähnlichen Unternehmen

⁵⁹² BVerfG Beschluss vom 21.03.2002, 1 BvR 2119/01 = BVerfG NJW 2002, 2307, 2308.

unterliegen diesen Regeln nicht. Somit kann allein dem Rechtsanwalt ein eigenständiges Akteneinsichtsrecht zugesprochen werden.

Der Rechtsanwalt ist aber nicht nur der einzig Geeignete, sondern auf Grund seiner Stellung als Organ der Rechtspflege auch der Berufene. Der Rechtsanwalt vertritt nicht nur die Interessen seiner Mandanten und verfolgt eigene Geschäftsinteressen. Darüber hinaus ist der Rechtsanwalt sowohl nach deutscher als auch nach europäischer Konzeption ein Organ der Rechtspflege. Als solches ist er dazu berufen, zur Rechtsdurchsetzung beizutragen und an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung aktiv mitzuwirken.

(b) Der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege im deutschen Recht

§ 1 der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) beschreibt die Stellung des Rechtsanwalts wie folgt: „Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege.“ Von wem oder was und wie sehr der Rechtsanwalt unabhängig sein muss, lässt sich an Hand verfassungsrechtlicher Rechtsprechung und der Kommentarliteratur nachvollziehen.⁵⁹³ Bedeutend schwieriger ist es, den Begriff des Organs der Rechtspflege mit Leben zu füllen.⁵⁹⁴ Wegen der Gefahr beliebiger und missbräuchlicher Verwendung wurde er nicht in die Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA) übernommen.⁵⁹⁵ Teilweise wird er als fragwürdig, diffus, ungeeignet, nicht mehr zeitgemäß oder Leerformel ohne sachlichen Gehalt gescholten, die jedes rechtlichen Inhalts entbehre und ausschließlich standesideologischen Hintergrund habe.⁵⁹⁶ Dem ist zu widersprechen.⁵⁹⁷ Die Bedeutung jener Formel ist nicht zu unterschätzen, drückt sie doch aus, dass der Rechtsanwalt im Dienste der Rechtspflege steht und zur Sicherung ihrer Funktionsfähigkeit erforderlich ist.⁵⁹⁸ Dies bedeutet nicht, dass der Rechtsanwalt als staatliches Organ handelt oder in die Staatsorganisation eingeglied-

⁵⁹³ Vossebürger in: *Feuerich/Weyland/Vossebürger/Böhnlein* (Hrsg.), Bundesrechtsanwaltsordnung. Kommentar, 8. Aufl., § 1, Rn. 13ff; *Kleine-Cosack*, Bundesrechtsanwaltsordnung mit Berufs- und Fachanwaltsordnung. Kommentar, 5. Aufl., § 1, Rn. 10ff; Koch in: *Henssler/Prütting* (Hrsg.), Bundesrechtsanwaltsordnung. Kommentar, 2. Aufl., § 1, Rn. 36ff.

⁵⁹⁴ Zur Genese des Begriffs siehe *Arnemann-Bredohl*, Der Anwalt im Spannungsfeld zwischen Rechtspflege und Dienstleistung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der deutschen und englischen Anwaltschaft, S. 20ff; *Eckertz-Höfer*, NJW 2013, 1580, 1580ff.

⁵⁹⁵ *Arnemann-Bredohl*, S. 27, 37.

⁵⁹⁶ Die Kritik fassen zusammen Koch in: *Henssler/Prütting* BRAO, § 1, Rn. 20; *Arnemann-Bredohl*, S. 33f.

⁵⁹⁷ So z.B. auch *Eckertz-Höfer*, NJW 2013, 1580, 1581; *Jaeger*, NJW 2004, 1, 7. Eckertz-Höfer hält den Begriff des Rechtspflegeorgans für immer noch brauchbar, Jaeger für notwendig.

⁵⁹⁸ *Kleine-Cosack*, § 1, Rn. 22.

dert ist.⁵⁹⁹ Das Bundesverfassungsgericht stellt klar: „Die Herauslösung des Anwaltsberufs aus beamtenähnlichen Bindungen und seine Anerkennung als ein vom Staat unabhängiger freier Beruf kann als ein wesentliches Element des Bemühens um rechtsstaatliche Begrenzung der staatlichen Macht angesehen werden, das der Verfassungsgeber vorgefunden und in seinen Willen aufgenommen hat.“⁶⁰⁰ Der Begriff des Organs mag unglücklich gewählt erscheinen, denn weder ist die Rechtspflege eine juristische Person, die Organe hat, noch ist der Rechtsanwalt Staatsorgan.⁶⁰¹ Er nimmt keine staatlichen Aufgaben wahr.⁶⁰² Der Status als nicht-staatliches Rechtspflegeorgan ändert sich auch nicht, wenn man bestimmte Tätigkeiten des Rechtsanwalts als öffentliche Aufgabe einstuft, etwa die Rechtsberatung, die als Teil der Rechtspflege auch originäre Staatsaufgabe sei und zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung den Rechtsanwälten zugewiesen ist.⁶⁰³

Nach heutigem Verständnis hat der Rechtsanwalt neben seiner Aufgabe, für einen individuellen Mandanten Vertreter und Berater zu sein, auch eine rechtsstaatliche Funktion, weil er ebenso wie die staatlichen Organe der Rechtspflege (Gerichte, Staatsanwaltschaften, Verwaltungsbehörden) „unverzichtbar für den Bestand und die Sicherung der rechtsstaatlichen Ordnung [ist].“⁶⁰⁴ Die Tätigkeit des Rechtsanwalts geht über die Interessenvertretung eines Auftraggebers hinaus. Zu seinen Aufgaben gehört auch die Aufrechterhaltung der staatlichen Rechtsordnung.⁶⁰⁵

Die Rechtspflegefunktion steht eigenständig neben der Interessenvertretung und ist nicht nur deren Reflex.⁶⁰⁶ Dies wird schon durch die eigenständige Benennung beider Funktionen in § 1 BRAO (Organ der Rechtspflege) und § 3 Abs. 1 BRAO (unabhängiger Berater und Vertreter) deutlich.⁶⁰⁷ Dieser Dualismus ist prägend für den Beruf des Rechtsanwalts. Der Widerstreit zwischen den Funktionen als Verfechter von Parteiinteressen und als Streiter für eine rechtsstaatliche Rechtspflege hat die ganze Geschichte des Berufs durchzogen.⁶⁰⁸

⁵⁹⁹ *Kleine-Cosack*, § 1, Rn. 22.

⁶⁰⁰ BVerfGE 63, 266 = BVerfG NJW 1983, 1535, 1536.

⁶⁰¹ *Schneider*, Der Rechtsanwalt, ein unabhängiges Organ der Rechtspflege, S. 64ff.

⁶⁰² *Schneider*, S. 73.

⁶⁰³ Vossebürger in: Feuerich BRAO, § 1, Rn. 6.

⁶⁰⁴ *Kleine-Cosack*, § 1, Rn. 6.

⁶⁰⁵ Vossebürger in: Feuerich BRAO, § 1, Rn. 7.

⁶⁰⁶ *Arnemann-Bredohl*, S. 327.

⁶⁰⁷ *Arnemann-Bredohl*, S. 327.

⁶⁰⁸ *Schneider*, S. 80.

(c) *Der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege im europäischen Recht*

Als Organ der Rechtspflege wird der Rechtsanwalt von mehreren mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen und vom EU-Recht gesehen.

Das deutsche Berufsbild vom Rechtsanwalt ist nicht deckungsgleich mit dem anderer europäischer Rechtsanwaltsordnungen.⁶⁰⁹ Allerdings qualifizieren einige, z.B. die griechische und portugiesische, den Rechtsanwalt ebenfalls als Organ der Rechtspflege.⁶¹⁰ Auch den englischen solicitor kann man als Rechtspflegeorgan einstufen, steht er doch als sogenannter officer of the court unter der Aufsicht und Kontrolle der Gerichte.

Das Berufsrecht der Rechtsanwälte in der EU wird hauptsächlich durch das EU-Wettbewerbsrecht und die Grundfreiheiten geprägt. Der EuGH sieht den Rechtsanwalt in einer Doppelrolle als Berater und Vertreter seines Mandanten einerseits und als Organ der Rechtspflege andererseits. EuGH⁶¹¹ und EuG⁶¹² bezeichnen den Rechtsanwalt als „Mitgestalter der Rechtspflege.“

An diesem Bild ändert sich auch nichts, nur weil der EuGH in der Rs. Wouters Anwälte als Unternehmen und Rechtsanwaltskammern als Unternehmensvereinigungen im Sinne von Art. 101 AEUV qualifiziert hat.⁶¹³ Die Tätigkeit als Dienstleister schließt die Rolle als Organ der Rechtspflege nicht aus.⁶¹⁴ Die Wichtigkeit der Rolle des Rechtsanwalts im Rechtsstaat beschreibt Generalanwalt Léger in seinen Schlussanträgen in der Rs. Wouters wie folgt: „Der Rechtsanwalt übt somit Tätigkeiten aus, die in einem Rechtsstaat wesentlich sind. Er ermöglicht es den Bürgern, die ihnen zustehenden Rechte besser zu kennen, zu verstehen und auszuüben. Anders ausgedrückt, der Rechtsanwalt garantiert im Rechtsstaat die *Wirksamkeit* des Grundsatzes des Zugangs der Bürger zum Recht und zu den Gerichten.“⁶¹⁵ (Hervorhebung wie im Original).

Neben der Qualifizierung durch die europäische Gerichtsbarkeit ist auch das Selbstverständnis der europäischen Rechtsanwälte von der Zweifalt ihrer Funktion ge-

⁶⁰⁹ Koch in: Henssler/Prütting BRAO, Vorb § 1, Rn. 19.

⁶¹⁰ Koch in: Henssler/Prütting BRAO, Vorb § 1, Rn. 23f.

⁶¹¹ C-155/79 – AM&S/Kommission, Rn. 24; C-550/07 P – Akzo Nobel, Rn. 42.

⁶¹² T-79/99 – Euro-Lex, Rn. 28; T-125/03 – Akzo Nobel, Rn. 121f, 166; T-14/04 – Alto de Casablanca, Rn. 10; T-445/04 – Energy Solutions, Rn. 8; T-357/05 – Comunidad Autónoma de Valencia/Kommission, Rn. 8; T-453/05 – Vonage Holdings, Rn. 12.

⁶¹³ C-309/99 – Wouters, Rn. 45ff.

⁶¹⁴ Zweifelnd Arnemann-Bredohl, S. 301, 305f.

⁶¹⁵ Schlussanträge des Generalanwalts Léger in der Rs. C-309/99 – Wouters, Rn. 175.

prägt.⁶¹⁶ Dies kommt in den Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Union, wie sie vom Rat der europäischen Anwaltschaften (frz. Conseil des barreaux européens) erarbeitet wurden (CCBE-Berufsregeln), zum Ausdruck. Neben der Verpflichtung, vorrangig im Mandanteninteresse zu handeln, Nr. 2.7. CCBE-Berufsregeln, übt der Rechtsanwalt eine besonders wichtige Funktion in der Gesellschaft aus, denn: „Seine Aufgabe beschränkt sich nicht auf die gewissenhafte Ausführung eines Auftrages im Rahmen des Gesetzes. Der Rechtsanwalt hat dafür Sorge zu tragen, dass sowohl der Rechtsstaat als auch die Interessen des Rechtsuchenden, dessen Rechte und Freiheiten er vertritt, gewahrt werden.“ (Nr. 1.1. CCBE-Berufsregeln). Die Verpflichtung gegenüber Mandanten und Rechtsstaat zugleich kommt auch in konkreten Vorschriften zum Ausdruck, etwa in der zum Berufsgeheimnis, Nr. 2.3.1. CCBE-Berufsregeln: „Die Pflicht des Rechtsanwaltes zur Wahrung des Berufsgeheimnisses dient dem Interesse der Rechtspflege ebenso wie dem Interesse des Mandanten.“

(d) *Berufung zur Mitwirkung an der Rechtsdurchsetzung als Organ der Rechtspflege*
Als unabhängiges Organ der Rechtspflege nach deutscher und europäischer Konzeption ist der Rechtsanwalt also Garant für die Funktionsfähigkeit des Rechts,⁶¹⁷ sichert die rechtsstaatliche Ordnung, sorgt für einen wirksamen Zugang zum Recht und hilft dem Bürger bei der Ausübung seiner Rechte. Aufgabe des Rechtsanwalts ist es auch, die rechtsunkundige Partei im Prozess vor der Gefahr des Rechtsverlustes zu schützen.⁶¹⁸ Vor allem aber seine Funktion als Vermittler rechtlichen Gehörs macht den Rechtsanwalt für die Rechtspflege und die Wahrung des Rechts „wesentlich und unverzichtbar.“⁶¹⁹ Die Funktion, rechtliches Gehör zu verschaffen, richtet sich nicht von vornherein an den Einzelnen, sondern ist eine Aufgabe gegenüber dem „rechtssuchenden Publikum.“⁶²⁰

Mögen sich auch der Eigenschaft als Organ der Rechtspflege keine konkreten Pflichten des Rechtsanwalts entnehmen lassen,⁶²¹ so ist doch der Rechtsanwalt berufen, bei der Durchsetzung des Rechts mitzuwirken. Der Rechtsanwalt ist nicht darauf be-

⁶¹⁶ Arnemann-Bredohl, S. 318.

⁶¹⁷ Koch in: Henssler/Prütting BRAO, § 1, Rn. 27.

⁶¹⁸ BVerfG Beschluss vom 14.07.1987, 1 BvR 537/81 u. a. = NJW 1988, 191, 193.

⁶¹⁹ Koch in: Henssler/Prütting BRAO, § 1, Rn. 79; zustimmend Vossebürger in: Feuerich BRAO, § 1, Rn. 3.

⁶²⁰ Koch in: Henssler/Prütting BRAO, § 1, Rn. 82.

⁶²¹ Gegen eine Hinweispflicht auf gewerbliche Prozessfinanzierung allein auf Grund der Stellung als Organ der Rechtspflege *Sturm*, S. 191ff, 195.

schränkt, passiv zu bleiben. Seine Funktion als Organ der Rechtspflege verlangt es geradezu von ihm, sich aktiv für die Rechtsdurchsetzung einzusetzen und zwar nicht nur hinsichtlich eines konkreten Mandates, sondern im Interesse des Rechtsstaates an sich. Deshalb ist der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege berufen, mit Hilfe eines eigenständigen Informationsanspruchs an der bisher defizitären privaten Kartellrechtsdurchsetzung mitzuwirken.

4. Zwischenergebnis

Ein eigenständiger Informationsanspruch des Rechtsanwalts ist Voraussetzung für die sinnvolle Ausübung kollektiver Rechtsschutzmöglichkeiten. Die Gewähr eines solchen Anspruchs ist im Vergleich zu anderen Mitteln der Abhilfe für die meist den Endverbraucher treffenden Probleme nicht nur geeigneter. Der damit verbundene Eingriff ist in Hinblick auf Rechte und Interessen aller Beteiligten auch schonender. Der Informationsanspruch wird dem Rechtsanwalt gewährt, nicht nur, weil es effizient ist, wenn eine Stelle den Prozess der Anspruchsdurchsetzung von Anfang bis Ende begleitet. Es ist auch effektiv, denn der Rechtsanwalt hat auf Grund eigener Geschäftsinteressen einen Anreiz, den Informationsanspruch auch wahrzunehmen. Am stärksten fällt jedoch die im deutschen wie im europäischen Recht zuerkannte Stellung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege ins Gewicht. Auf Grund dieser unterliegt er der Verschwiegenheitspflicht und bürgt somit für den Schutz geheimhaltungsbedürftiger Informationen. Schließlich ist er als Organ der Rechtspflege auch berufen, an der Durchsetzung der Kartellrechtsordnung mitzuwirken. Die viel zitierte Rolle des „private attorney generals“ zur Förderung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung kommt also nicht nur den Kartellgeschädigten⁶²² oder dem Zwischenhändler⁶²³ zu. Auch und vor allem muss der Rechtsanwalt diese Funktion ausfüllen.

II. Rechtliche Begründung des Anspruchs

Das vorangehende Teilkapitel hat gezeigt, dass zur Verbesserung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung ein eigenständiger Anspruch des nicht mandatierten Rechtsanwalts aus tatsächlicher Sicht unerlässlich ist. Im Folgenden soll nun geprüft werden, ob sich rechtlich ein derartiger Anspruch aus dem EU-Primärrecht und dem Grundgesetz begründen lässt. Allein aus einer tatsächlichen Erforderlichkeit ergibt

⁶²² Meeßen, S. 72f; Weyer, ZEuP 2003, 318, 335ff; Komninos, CMLR 2002, 447, 465.

⁶²³ Zimmer/Höft, ZGR 2009, 662, 707ff.

sich kein Anspruch. Wie *Wesselburg* richtig ausführt, rechtfertigt „allein der Hinweis auf die bestehende Informationsasymmetrie (...) nicht, das geschlossene System der kartellverwaltungsrechtlichen Anhörungs- und Akteneinsichtsrechte auszuhöhlen bzw. zu umgehen.“⁶²⁴ Jedoch können sich aus primärrechtlichen Vorschriften – unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände – Ansprüche ableiten lassen.

Im Folgenden werden das Recht auf ein faires Verfahren, das Recht auf eine gute Verwaltung, das Recht auf Zugang zu Dokumenten sowie das Recht auf effektiven Rechtsschutz, der Effektivitätsgrundsatz und der Gleichheitssatz einer Untersuchung unterzogen.

Im Einzelnen ist es dabei wichtig zu unterscheiden, ob die jeweilige Anspruchsgrundlage einen Informationsanspruch gegen die EU-Kommission, die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden oder auf beiden Ebenen gewährt.

1. Art. 47 Abs. 2 EGRC – Recht auf ein faires Verfahren

Art. 47 Abs. 2 EGRC verbürgt das Recht auf ein faires Verfahren: „Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen.“ Im Rahmen der jeweiligen Zuständigkeiten werden Union und Mitgliedstaaten verpflichtet.⁶²⁵ Das Recht auf ein faires Verfahren beinhaltet auch die Sicherstellung von Waffen- und Chancengleichheit. Die Verfahrensbeteiligten dürfen nicht einseitig benachteiligt werden und müssen ausreichende Mitwirkungsrechte haben.⁶²⁶ Insbesondere müssen die Verfahrensbeteiligten „in gleichem Umfang unterrichtet werden und [...] die gleichen Möglichkeiten erhalten, ihre Position darzulegen.“⁶²⁷ Man könnte den Bogen dahin spannen, dass die Chancengleichheit im Schadensersatzprozess nicht gewährt wäre, wenn zwar der Schädiger dank seiner Verfahrensrechte zuvor Einsicht in die Akten der Kartellbehörde erhielt, dem Geschädigten dies jedoch verwehrt worden ist. In der Konsequenz müsste zur Wahrung der Chancengleichheit im Zivilprozess ein dem Einsichtsrecht des verfahrensbeteiligten Kartellanten gleichwertiges Einsichtsrecht des Verletzten zugestanden werden. Des Weiteren müsste für einen Rechtsanwalt ein selbstständiges Einsichtsrecht bestehen,

⁶²⁴ *Wesselburg*, S. 58.

⁶²⁵ *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl., Art. 47, Rn. 4.

⁶²⁶ *Jarass*, NJW 2011, 1393, 1396; *Jarass*, Art. 47, Rn. 31.

⁶²⁷ *Jarass*, NJW 2011, 1393, 1396.

damit auch diejenigen, die aus oben genannten Gründen sich nicht um eine Rechtsdurchsetzung bemühen können,⁶²⁸ ein chancengleiches Verfahren anstreben können. In der Tat besteht eine „Fürsorgepflicht [des Gerichts] im Hinblick auf Beteiligte [...], die offenkundig nicht in der Lage sind, ihre Rechte ausreichend wahrzunehmen.“⁶²⁹ Allerdings bezieht sich diese Fürsorgepflicht auf die Prozessbeteiligten. Sie kann sich nicht auf das vorgelagerte Verwaltungsverfahren erstrecken, da hier die Gerichte schon gar keine Kompetenz haben. Art. 47 Abs. 2 EGRC dient der Waffen- und Chancengleichheit bei Gericht und im gerichtlichen Verfahren.⁶³⁰ Die Garantie für ein faires Verfahren aus Art. 47 Abs. 2 EGRC mag vielleicht dazu genutzt werden, anfängliche Ungleichheiten auszugleichen, sie wirkt jedoch nicht im Vorfeld eines Prozesses. Insoweit also von einer Ausstrahlung von Art. 47 Abs. 2 EGRC auf ein vorgängiges Verwaltungsverfahren ausgegangen wird,⁶³¹ betrifft dies ausschließlich die Situation, dass ein Betroffener gegen eine im Verwaltungsverfahren gegen ihn getroffene Entscheidung Rechtsschutz begehrt. In einem solchen Fall muss das Verwaltungsverfahren „so ausgestaltet sein, dass der (spätere) gerichtliche Schutz nicht unzumutbar behindert wird.“⁶³² Dies kann auch ein Zugangsrecht der betroffenen Beteiligten zu verfahrensrelevanten Unterlagen einschließen.⁶³³

Ein eigenständiges Informationsrecht des Rechtsanwalts im behördlichen Verfahren zur Vorbereitung eines Zivilprozesses verlangt Art. 47 Abs. 2 EGRC hingegen nicht.

2. Art. 41 Abs. 2 lit. b EGRC – Recht auf eine gute Verwaltung

Das Recht auf eine gute Verwaltung umfasst gemäß Art. 41 Abs. 2 lit. b EGRC auch „das Recht jeder Person auf Zugang zu den sie betreffenden Akten.“ Grundrechtsverpflichtet sind allein Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union selbst.⁶³⁴ Zur Herleitung eines Anspruchs gegenüber den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden kann Art. 42 Abs. 2 lit. b EGRC nicht dienen.

⁶²⁸ Siehe oben § 4 I 1.

⁶²⁹ Jarass, NJW 2011, 1393, 1396.

⁶³⁰ Jarass, Art. 47, Rn. 31.

⁶³¹ Jarass, Art. 47, Rn. 48.

⁶³² Jarass, Art. 47, Rn. 48.

⁶³³ Blanke in: Calliess/Blanke/Kluth (Hrsg.), EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar, 4. Aufl., EU-GRCharta Art. 47, Rn. 15.

⁶³⁴ Ruffert in: Callies/Ruffert EUV/AEUV, EU-GRCharta Art. 41, Rn. 9.

Das Recht auf Akteneinsicht steht in engem Zusammenhang zum Anhörungsrecht und ist wie dieses ein Verteidigungsrecht des Betroffenen.⁶³⁵ Deshalb beschränkt sich das Zugangsrecht auf Akten, welche den Einsichtsbegehrenden selbst betreffen.⁶³⁶ Voraussetzung ist zwar nicht, wie man der englischen Fassung entnehmen könnte („his or her file“), dass die Akte primär den Antragsteller betreffen muss. Auch wenn das Verfahren primär gegen einen Dritten gerichtet ist, gilt das Grundrecht für den Antragsteller, wenn es materiell auch um seine Angelegenheiten geht.⁶³⁷ Dies ist dann der Fall, wenn „die abschließende Entscheidung den Grundrechtsträger in der Sache berührt, auch wenn sie primär an einen Dritten adressiert ist oder werden wird.“⁶³⁸ Der Rechtsanwalt verfolgt eigene (Geschäfts-)Interessen und das Allgemeininteresse an einer effektiven privaten Kartellrechtsverfolgung. Die Ermittlungen der Kartellbehörde im Bußgeldverfahren schaffen erst die Grundlage für die Verfolgung dieser Interessen. Sie berühren aber den Rechtsanwalt nicht in eigenen Angelegenheiten im Sinne von bereits bestehenden Interessen. Gegen die Ermittlungen der Kartellbehörde muss sich der Rechtsanwalt nicht verteidigen. Das Akteneinsichtsrecht nach Art. 41 Abs. 2 lit. b EGRC ist als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips allein als Verteidigungsrecht gegen das Verwaltungshandeln konzipiert und nicht dazu bestimmt, einen allgemein öffentlichen Zugang zu schaffen.⁶³⁹ Dies bestätigt sich zum einen darin, dass Verbände, die Allgemeinbelange verfolgen, nicht als in eigenen Angelegenheiten betroffen angesehen werden.⁶⁴⁰ Zum anderen erschließt sich dies auch aus der Gesamtüberschrift zu Art. 41 EGRC: Recht auf eine gute Verwaltung. Es geht also um das Bereitstellen einer ordnungsgemäßen Verwaltung, nicht um die Schaffung von Strukturen zur Verfolgung eigener oder allgemeinnütziger privater Interessen. Aus Art. 41 Abs. 1 lit. b EGRC kann mithin kein Anspruch des Rechtsanwalts auf Einsicht in die Bußgeldverfahrensakten der EU-Kommission abgeleitet werden.

⁶³⁵ van Vormizeele in: Schwarze EU-Kommentar, Art. 41 GRC, Rn. 9; Magiera in: *Meyer/Bernsdorff* (Hrsg.), *Nomos Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl., Art. 41, Rn. 13.

⁶³⁶ van Vormizeele in: Schwarze EU-Kommentar, Art. 41 GRC, Rn. 9; Magiera in: *NomosKommentar Grundrechtecharta*, Art. 41, Rn. 13.

⁶³⁷ *Jarass*, Art. 41, Rn. 24.

⁶³⁸ *Jarass*, Art. 41, Rn. 12.

⁶³⁹ Ruffert in: *Callies/Ruffert EUV/AEUV, EU-GRCharta Art 41*, Rn. 16.

⁶⁴⁰ C-170/89 – BEUC, Rn. 19.

3. Art. 42 EGRC – Recht auf Zugang zu Dokumenten

Das Recht auf Zugang zu Dokumenten nach Art. 42 EGRC basiert auf dem Demokratieprinzip und konkretisiert das in Art. 1 Abs. 1 EUV festgeschriebene Transparenzgebot.⁶⁴¹ Es entspricht dem Informationsfreiheitsrecht aus Art. 15 Abs. 3 AEUV und unterliegt deshalb gemäß Art. 52 Abs. 2 EGRC den dort festgelegten Bedingungen und Grenzen.⁶⁴² Ausweislich des klaren Wortlauts gewähren Art. 42 EGRC und Art. 15 Abs. 3 AEUV nur Zugang zu Dokumenten der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, mithin nicht zu den Akten der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden. Für die Mitgliedstaaten ergeben sich daher aus Art. 42 EGRC keine Pflichten, außer der, den Zugang zu Dokumenten der Union nicht zu behindern.⁶⁴³

Für die Herleitung eines kartellrechtsspezifischen Informationsanspruchs gegen die EU-Kommission eignet sich Art. 42 EGRC nicht. Die EU-Kommission geht selbst auch davon aus, dass Dokumentenzugangsansprüche allgemeiner Natur zum Sammeln erforderlicher Beweise für die Durchsetzung eines Schadensersatzanspruches in der Regel ungeeignet sind.⁶⁴⁴

Die Verfestigung von Demokratie und Transparenz sind nicht die Ziele, die mit einem selbstständigen Akteneinsichtsrecht des Rechtsanwalts verfolgt werden sollen. Mögen auch allgemein geltende, das Recht aus Art. 42 EGRC verwirklichende Rechtsgrundlagen, wie etwa die TransparenzVO, dem Rechtsanwalt zu Gute kommen, so eignet sich Art. 42 EGRC dennoch nicht für die Herleitung eines kartellrechtsspezifischen Informationsanspruchs, da Art. 42 EGRC nicht nach dem Interesse des Antragstellers differenziert und andere Ziele, wie etwa die effektive private Kartellrechtsverfolgung nicht zum Gegenstand hat. Die Aufnahme spezieller Akteneinsichtsrechte in die Grundrechtecharta, z.B. im Verwaltungsverfahren gemäß Art. 41 Abs. 2 lit. b, vor Gericht (als Teil des Anspruchs auf Gehör vor Gericht) gemäß Art. 47, und gemäß Art. 48 Abs. 2 im Rahmen der Verteidigungsrechte bei der Verhängung von Strafen und strafähnlichen Maßnahmen, welche neben dem allgemeinen Recht auf Dokumentenzugang nach Art. 42 anwendbar sind,⁶⁴⁵ zeigt, dass das allgemeine Recht auf Dokumentenzugang speziellere Rechte einzelner Gruppen nicht obsolet macht. Dank

⁶⁴¹ van Vormizeele in: Schwarze EU-Kommentar, Art. 42 GRC, Rn. 1; Magiera in: NomosKommentar Grundrechtecharta, Art. 41, Rn. 6.

⁶⁴² Wegener in: Callies/Ruffert EUV/AEUV, EU-GRCharta Art. 42, Rn. 1; Jarass, Art. 42, Rn. 1.

⁶⁴³ Jarass, Art. 42, Rn. 3.

⁶⁴⁴ Europäische Kommission, Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 90.

⁶⁴⁵ Jarass, Art. 42, Rn. 4.

kumulativer Anwendbarkeit laufen die Inhaber spezieller Informationsrechte nicht Gefahr, im Zuge einer einfachgesetzlichen Ausgestaltung des allgemeinen Dokumentenzugangsrechts in ihren Rechten beschnitten zu werden. Stützte man sich für die Begründung des eigenständigen Informationsrechts des Rechtsanwalts auf Art. 15 Abs. 3 AEUV/Art. 42 EGRC, verzichtete man auf die Festlegung eines Kernschutzbereichs. Dass auf allgemeinen Gesetzen beruhende Informationsrechte einfach beschnitten werden können, zeigt sich am Falle des Zugangs zu Informationen des Bundesrechnungshofes: Hatte das Bundesverwaltungsgericht im November 2012 noch entschieden, dass der Bundesrechnungshof dem IFG unterliegt und zu Auskunft verpflichtet ist,⁶⁴⁶ wurde mittels der am 19. 7. 2013 in Kraft getretenen Änderung der Bundeshaushaltsordnung § 96 IV BHO eingeführt, welcher nun gemäß § 1 Abs. 3 IFG den Regelungen im IFG vorgeht. Der Zugang zu Informationen ist nun deutlich eingeschränkt.⁶⁴⁷ Einen auf ganz allgemeinen, nur dem Transparenzgedanken verschriebenen, Informationszugangsregeln fußenden Anspruch des Rechtsanwalts gegenüber Kartellbehörden könnte das gleiche Schicksal ereilen. Art. 42 EGRC taugt somit nicht zur Herleitung eines eigenständigen Informationsanspruchs des Rechtsanwalts.

4. Recht auf effektiven Rechtsschutz

a) Normierung

(i) Art. 47 Abs. 1 EGRC

Das Recht auf effektiven Rechtsschutz war schon vor seiner ausdrücklichen primärrechtlichen Positivierung in Art. 47 EGRC als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt und ist für den „Charakter der Union als Rechtsgemeinschaft“ von zentraler Bedeutung.⁶⁴⁸ Nicht nur die Union selbst ist durch Art. 47 EGRC verpflichtet. Insbesondere ist es auch Aufgabe der Mitgliedstaaten, „in ihrem innerstaatlichen Recht die erforderlichen gerichtlichen Rechtsbehelfe vorzusehen, um den Individuen die Wahrung ihrer Rechte aus dem Unionsrecht zu ermöglichen. Die betrifft zum einen die Verletzung von Rechten aus dem Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten. Zum anderen sind

⁶⁴⁶ BVerwG Urteil vom 15. 11.2012, 7 C 1.12 = BVerwG NVwZ 2013, 431.

⁶⁴⁷ Auch aus anderen Gründen kritisch *Greve*, NVwZ 2014, 275, 277.

⁶⁴⁸ Pache in: Vedder/Heintschel EU-Kommentar, Art. 19 EUV, Rn. 10.

die Mitgliedstaaten verpflichtet, die gerichtliche Überprüfung von Akten der Unionsorgane sicherzustellen.“⁶⁴⁹

(ii) Art. 19 Abs. 1 Ua. 2 EUV

Art. 19 Abs. 1 Ua. 2 EUV lautet: „Die Mitgliedstaaten schaffen die erforderlichen Rechtsbehelfe, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist.“ Diese grundsätzliche Pflicht der Mitgliedstaaten formulierte der EuGH in der Rs. UPA,⁶⁵⁰ weswegen Art. 19 Abs. 1 Ua. 2 EUV auch als Kodifizierung des Rechtsschutzansatzes aus jenem Urteil gesehen wird.⁶⁵¹ Es ist ihrer Natur nach eher eine politisch motivierte Symbolvorschrift, welche die Bedeutung der Rechtsgemeinschaft betont, und „nur eine grundsätzliche Rechtspflicht für die Mitgliedstaaten [statuiert], da es zunächst Sache des politischen Ermessens der Mitgliedstaaten ist, durch welche organisatorischen Maßnahmen sie ihrer Verpflichtung nachkommen wollen. Dies entbindet sie allerdings nicht davon, auf klar zu Tage zu getretene Missstände oder Defizite beim Rechtsschutz auf dem Gebiet des Unionsrechts zu reagieren.“⁶⁵² Es geht bei Art. 19 Abs. 1 Ua. 2 EUV also hauptsächlich darum, die „nationalen Prozessordnungen in Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Anforderungen zu bringen.“⁶⁵³ Wie dies jedoch zu geschehen hat, ist der institutionellen und verfahrensmäßigen Autonomie der Mitgliedstaaten überlassen.⁶⁵⁴ Mithin stellt Artikel 19 Abs. 1 Ua. 2 EUV weniger konkrete Anforderungen an die Ausgestaltung des effektiven Rechtsschutzes als Art. 47 EGRC. Zudem richtet sich Art. 19 Abs. 1 Ua. 2 EUV nur an die Mitgliedstaaten und kann daher keine Aussagen zu einem etwaigen Akteneinsichtsrecht auf europäischer Ebene treffen.

(iii) Art. 4 Abs. 3 EUV

Ist das Recht auf effektiven Rechtsschutz, wenn auch in unterschiedlicher Intensität, in Art. 47 EGRC und Art. 19 Abs. 1 Ua. 2 EUV verankert, so bestehen Zweifel, ob das in Art. 4 Abs. 3 EUV verankerte Loyalitätsgebot auch das Recht auf effektiven Rechtsschutz oder „nur“ das Effektivitätsgebot umfasst, auf das später eingegangen wird.

⁶⁴⁹ Folz in: Vedder/Heintschel EU-Kommentar, Art. 47 GR-Charta, Rn. 6.

⁶⁵⁰ C-50/00 P – UPA, Rn. 39ff.

⁶⁵¹ Mayer in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EU-Kommentar, Art. 19 EUV, Rn. 12.

⁶⁵² Schwarze in: Schwarze EU-Kommentar, Art. 19 EUV, Rn. 51.

⁶⁵³ Pache in: Vedder/Heintschel EU-Kommentar, Art. 19 EUV, Rn. 14.

⁶⁵⁴ Pache in: Vedder/Heintschel EU-Kommentar, Art. 19 EUV, Rn. 14.

Das aus Art. Abs. 3 EUV folgende Loyalitätsgebot ist jedenfalls dann verletzt, „wenn ein Mitgliedstaat gegen Artikel (101 AEUV) verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt, erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt oder wenn er der eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt.“⁶⁵⁵ Eine Verstärkung wird nur angenommen, wenn die mitgliedstaatliche „Regelung sich darauf beschränkt, die Elemente der zwischen Wirtschaftsteilnehmern geschlossenen Vereinbarungen ganz oder teilweise zu übernehmen, und diese Wirtschaftsteilnehmer zu deren Einhaltung verpflichtet oder anreizt.“⁶⁵⁶ Dies geschieht durch die Nichtgewährung eines eigenständigen Informationsanspruchs für einen Rechtsanwalt nicht.

Weiter erwächst aus Art 4 Abs. 3 EUV die Pflicht für die Mitgliedstaaten, „den Schutz der Rechte zu gewährleisten, die den Einzelnen andernorts aus dem Unionsrecht erwachsen.“⁶⁵⁷ Begründet dies ein (Grund-)Recht auf effektiven Rechtsschutz? Es lässt sich argumentieren, dass dieser Verpflichtung nicht zwingend durch die Gewährung von gerichtlichem Rechtsschutz nachgekommen werden muss. Der Mitgliedstaat sei frei in der Entscheidung, wie er die Rechte schützen möchte. Denn aus Art. 4 Abs. 3 EUV ergeben sich „keine Pflichten der Mitgliedstaaten gegenüber ihren Bürgern;“ die Norm ist selbst nicht unmittelbar anwendbar.⁶⁵⁸ Zudem richte sich der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 4 Abs. 3 EUV auf die wirksame Durchsetzbarkeit des Unionsrechts, nicht aber auf den individuellen Rechtsschutz.⁶⁵⁹ Die sich aus der Rechtsprechung des EuGH ergebenden Vorgaben bezögen sich auf den Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz, gäben aber „keinen konkreten Rahmen für die Klagebefugnis in den Mitgliedstaaten vor.“⁶⁶⁰ In Anbetracht der Bedeutung des Loyalitätsgebotes überzeugt diese Ansicht. Es ist objektiv darauf gerichtet, den Vorrang,⁶⁶¹ die einheitliche Wirksamkeit⁶⁶² und die unmittelbare Wirkung⁶⁶³ des EU-Rechts abzusichern, verleiht subjektiv dem Einzelnen unmittelbar aber nur Rechte, wenn das Ef-

⁶⁵⁵ C-267/86 – Van Eycke, Rn. 16.

⁶⁵⁶ C-267/86 – Van Eycke, Rn. 18.

⁶⁵⁷ von Bogdandy/Schill in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EU-Kommentar, Art. 4 EUV, Rn. 60.

⁶⁵⁸ von Bogdandy/Schill in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EU-Kommentar, Art. 4 EUV, Rn. 60.

⁶⁵⁹ Frenz, Handbuch Europarecht, Band 5: Wirkungen und Rechtsschutz, Kapitel 25, § 1, Rn. 3959.

⁶⁶⁰ Frenz, Kapitel 25, § 1, Rn. 3959.

⁶⁶¹ Hatje in: Schwarze EU-Kommentar, Artikel 4 EUV, Rn. 40ff.

⁶⁶² Hatje in: Schwarze EU-Kommentar, Artikel 4 EUV, Rn. 36.

⁶⁶³ Hatje in: Schwarze EU-Kommentar, Artikel 4 EUV, Rn. 37ff.

fektivitätsgebot verletzt ist.⁶⁶⁴ Verlangt das Loyalitätsgebot, dass der Einzelne sich auf die Ungültigkeit einer EU-Maßnahme berufen kann,⁶⁶⁵ so dient auch dies der Wirksamkeit der EU-Rechtsordnung, nämlich ihrer inneren Konsistenz. Nicht EU-rechtskonforme Handlungen der EU-Organe sollen bereinigt werden. Der Einzelne ist dabei nützlicher Helfer. Aber: Wenn dem Einzelnen auf Grund des Loyalitätsgebotes effektiver Rechtsschutz gewährt wird, so geschieht dies nicht ihm zuliebe, sondern um der Durchsetzung des Unionsrechts willen. Der Einzelne profitiert von dieser Reflexwirkung. Ein Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz zu schaffen, ist jedoch nicht Aufgabe von Art. 4 Abs. 3 EUV. Das Recht auf effektiven Rechtsschutz als Individualgrundrecht folgt daher nicht aus Art. 4 Abs. 3 EUV.

(iv) Fazit: Bezugnahme auf Art. 47 EGRC

Teilweise wird trotz der heutzutage⁶⁶⁶ bestehenden unterschiedlichen Normierungen von einem einheitlichen Grundrecht ausgegangen werden, welches nur in verschiedenen Vorschriften verankert ist.⁶⁶⁷ Was die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten angeht, ist dem zuzustimmen. Weil aber nur Art. 47 EGRC individualrechtlich formuliert ist und auch die Union in die Pflicht nimmt, wird im Folgenden allein auf Art. 47 EGRC abgestellt.

b) Grundgedanke

Werden Unionsgrundrechte oder andere unionsrechtlich geschützte subjektive Rechte verletzt, hat der Mitgliedstaat dafür zu sorgen, dass hiergegen effektiver Rechtsschutz gewährt wird und muss entsprechende Verfahrensvorschriften erlassen. Der Einzelne muss seine unionsrechtlich geschützte Rechtsposition „unter den bestmöglichen Voraussetzungen gerichtlich geltend machen [können] (...)“.⁶⁶⁸ Hierzu gehören „zumindest alle unmittelbar anwendbaren Rechte des Einzelnen aus primärem und

⁶⁶⁴ Hatje in: Schwarze EU-Kommentar, Artikel 4 EUV, Rn. 26.

⁶⁶⁵ C-511/03, Ten Kate, Rn. 29.

⁶⁶⁶ Zur früheren Ableitung (gemeinsame Verfassungstradition der MSt. sowie Artt. 6, 13 EMRK) Nowak, Zentraler und dezentraler Individualrechtsschutz in der EG im Lichte des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsgrundsatzes effektiven Rechtsschutzes in: Nowak, Carsten/Cremer, Wolfram (Hrsg.), Individualrechtsschutz in der EG und der WTO. Der zentrale und dezentrale Rechtsschutz natürlicher und juristischer Personen in der Europäischen Gemeinschaft und in der Welthandelsorganisation, S. 48f; Schwarze, Europarecht. Strukturen, Dimensionen und Wandlungen des Rechts der Europäischen Union ; ausgewählte Beiträge, S. 724.

⁶⁶⁷ Wesselburg, S. 30.

⁶⁶⁸ Schwarze, S. 727.

sekundärem Unionsrecht,“⁶⁶⁹ also „nicht nur die durch die GRC ausdrücklich garantierten Grundrechte, sondern jedwede durch Unionsrecht anerkannten Rechte und Freiheiten [sind] rechtsbehelfsfähig.“⁶⁷⁰ Bedeutung hat das Recht auf effektiven Rechtsschutz zum einen für die nationalen Gerichte, die als Unionsgerichte im funktionellen Sinne agieren und deren Arbeit deshalb von europarechtlichen Standards geprägt ist.⁶⁷¹ Sie „unterliegen damit der Garantie des effektiven Rechtsschutzes in der europarechtlichen Ausprägung, haben doch auch sie kraft ihrer Mitwirkungspflicht nach Art. 4 Abs. 3 EUV den Schutz der individuellen europäischen Rechte zu gewährleisten und sind damit Bestandteil des europäischen Rechtsschutzsystems.“⁶⁷² Die Gerichte haben mithin im Rahmen ihrer Kompetenzen dafür zu sorgen, dass effektiver Rechtsschutz gewährleistet wird. Zum anderen ist aber auch der nationale Gesetzgeber in der Pflicht, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, in dem er die nötigen Verfahren und Verfahrensrechte zur Verfügung stellt, um Rechtsverletzungen effektiv rügen zu können.⁶⁷³

Neben den Mitgliedstaaten ist auch die Union selbst in der Pflicht.⁶⁷⁴ Da es eines Bezugs zum gerichtlichen Verfahren bedarf, findet Art. 47 EGRC auf das vorgelagerte Verwaltungsverfahren grundsätzlich nicht Anwendung; mit der Ausnahme des Zugangs zu Akten.⁶⁷⁵ Am häufigsten findet das Gebot des effektiven Rechtsschutzes seine Ausprägung als Abwehrrecht desjenigen, der sich einer behördlichen Maßnahme gegenüber sieht. Das europäische Kartellrecht gewährt zum Beispiel demjenigen Rechtsschutz, der von einem Auskunftsverlangen (Art. 18 VO 1/2003), einer Befragung (Art. 19 VO 1/2003), einem Bußgeldbescheid (Art. 23 VO 1/2003) oder einer einstweiligen Maßnahme betroffen ist.⁶⁷⁶ Fraglich ist, ob sich aus dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes ein eigenständiges Akteneinsichtsrecht des Rechtsanwalts ergibt. Dafür müsste zunächst ein unionsrechtlich geschütztes Recht des Kartellgeschädigten vorliegen, gegen dessen Verletzung er des Rechtsschutzes bedarf. Zudem muss belegt sein, dass dieser Rechtsschutz nur wirksam ist, wenn nicht nur der Kar-

⁶⁶⁹ Folz in: Vedder/Heintschel EU-Kommentar, Art. 47 GR-Charta, Rn. 3.

⁶⁷⁰ Eser in: NomosKommentar Grundrechtecharta, Artikel 47, Rn. 16.

⁶⁷¹ Frenz, Handbuch Europarecht, Band 4: Europäische Grundrechte, Kapitel 5, § 2, Rn. 727.

⁶⁷² Frenz, Kapitel 5, § 2, Rn. 727.

⁶⁷³ Mayer in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EU-Kommentar, Art. 19 EUV, Rn. 12.

⁶⁷⁴ Jarass, Art. 47, Rn. 4.

⁶⁷⁵ Jarass, Art. 47, Rn. 5.

⁶⁷⁶ Näheres siehe Bauer/Schneider/Engelsing in: MüKO Kartellrecht, Band 1, Art. 18 VO 1/2003, Rn. 20, 29; Art. 19 VO 1/2003, Rn. 10; Art. 23 VO 1/2003, Rn. 177ff; Art. 8 VO 1/2003, Rn. 24f.

tellgeschädigte selbst ein Akteneinsichtsrecht hat, sondern auch ein eigenständiges Akteneinsichtsrecht für einen Rechtsanwalt besteht.

c) Der Mitgliedstaat verletzt das Recht auf Schadensersatz

(i) (Unions-)Recht auf Schadensersatz

Art. 47 EGRC gewährt auch Sekundärrechtsschutz in Gestalt der Durchsetzung von unionsrechtlich begründeten Schadensersatzansprüchen.⁶⁷⁷ Fraglich ist, ob das Recht auf Schadensersatz des Kartellgeschädigten ein solches unionsrechtlich geschütztes subjektives Recht ist. Entspringt der Schadensersatzanspruch dem EU-Recht oder wird nur seine Ausgestaltung durch Unionsrecht (mit-)bestimmt?

Gegen eine Verankerung des Rechts auf Schadensersatz des Kartellgeschädigten im EU-Recht wird ins Feld geführt, dass die einzige im EU-Recht vorgesehene Sanktion die Nichtigkeit der Vereinbarung oder Beschlüsse nach Art. 101 Abs. 2 AEUV sei. Art. 101 Abs. 2 AEUV sei hinsichtlich zivilrechtlicher Folgen abschließend, für einen Schadensersatzanspruch im EU-Recht somit kein Raum. Es sei Sache der Mitgliedstaaten alle übrigen Rechtsfolgen festzulegen.⁶⁷⁸ Ein Bedarf für eine unionsweite Vereinheitlichung der Schadensersatzansprüche bestehe nicht.⁶⁷⁹ Weiter könnte man vertreten, der EuGH habe nicht die Kompetenz, einen Schadensersatzanspruch zuzuerkennen.⁶⁸⁰ Zudem sei es zwar Aufgabe des EuGH, durch seine Rechtsprechung für die praktische Wirksamkeit der Unionsvorschriften zu sorgen, nicht jedoch neue Ansprüche zu schaffen⁶⁸¹ und den nationalen Regelungen gleichartige EU-Vorschriften nebenan zu stellen. Zudem dürfe man die Francovich-Rechtsprechung zum Staatshaftungsanspruch nicht übertragen,⁶⁸² insbesondere suche man im Gegensatz zum Fran-

⁶⁷⁷ Nowak in: *Heselhaus/Baldus/Nowak* (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 1. Aufl., § 51, Rn. 35.

⁶⁷⁸ So noch das EuG in T-24/90 – Automec/Kommission, Rn. 50.

⁶⁷⁹ *Wurmnest*, Private Durchsetzung des EG-Kartellrechts nach der Reform der VO Nr. 17, in: *Behrens, Peter/Schäfer, Wolf/Nowak, Carsten* (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch. Forum Wissenschaft und Praxis zum Internationalen Wirtschaftsrecht, S. 222; Stockenhuber in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim EU-Kommentar*, Art. 101 AEUV, Rn. 261.

⁶⁸⁰ *Weyer*, ZEuP 2003, 318, 338f.

⁶⁸¹ *Alexander*, S. 326; a.A. *Komninos*, CMLR 2002, 447, 451. Komninos hält diese Sichtweise für überholt und verweist hierzu auf Urteile des EuGH zu Fragen der Geschlechterdiskriminierung, des Eilrechtsschutzes und der Staatshaftung.

⁶⁸² *Weyer*, ZEuP 2003, 318, 329f; *Alexander*, S. 326; Stockenhuber in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim EU-Kommentar*, Art. 101 AEUV, Rn. 261.

covich-Urteil im Courage-Urteil den Hinweis auf einen „Grundsatz des Gemeinschaftsrechts“ vergeblich.⁶⁸³

Die Argumente für einen im Unionsrecht verankerten Schadensersatzanspruch sind demgegenüber überzeugender.⁶⁸⁴ Zudem stellt der EuGH in seiner Rechtsprechung klar, dass ein Schadensersatzanspruch des Kartellgeschädigten ein unionsrechtlich geschütztes Recht ist. Auch die EU-Kommission gibt dies zu erkennen.

In der Literatur wird häufig der Vergleich zur Staatshaftungsrechtsprechung des EuGH gezogen. In seiner Entscheidung in der Rs. Francovich stellte der EuGH fest, dass es ein Grundsatz des Gemeinschaftsrechts sei, dass die Mitgliedstaaten zum Ersatz der Schäden verpflichtet sind, die dem einzelnen durch Verstöße gegen das Unionsrecht entstehen, die diesen Staaten zuzurechnen sind.⁶⁸⁵ Denn die Möglichkeit einer Entschädigung durch den Mitgliedstaat sei vor allem dann unerlässlich, wenn die volle Wirkung der unionsrechtlichen Bestimmungen davon abhängt, dass der Staat tätig wird, und der einzelne deshalb im Falle einer Untätigkeit des Staates die ihm durch das Unionsrecht zuerkannten Rechte vor den nationalen Gerichten nicht geltend machen kann.⁶⁸⁶ So wie sich dort ein eigenständiger EU-Anspruch entwickelt habe, müsse sich nun auch ein eigenständiger Anspruch des Kartellgeschädigten ergeben.⁶⁸⁷ Da sich der Schadensersatzanspruch wie auch der Staatshaftungsanspruch aus dem EU-Prinzip des effektiven Rechtsschutzes rechtfertige, sei er autonom von den Regelungen in den Mitgliedstaaten und trete neben diese.⁶⁸⁸ Für den Vergleich sei auch nicht hinderlich, dass die Rechtsprechung zum Staatshaftungsanspruch das vertikale Verhältnis des Bürgers zum Staat betraf, es bei Schadenersatzansprüchen im Kartellrecht aber um das horizontale Verhältnis zwischen Marktbürgern gehe, denn das „Problem, nämlich die Suche nach dem besten Weg zu einem effektiven Schutz gemeinschaftsrechtlicher subjektiver Rechte gegen die Verletzung durch andere, ist hier wie dort dasselbe.“⁶⁸⁹ Hinsichtlich des Staatshaftungsanspruchs wird vertreten, dass die Verortung im EU-Recht dadurch erkennbar sei, dass der EuGH die

⁶⁸³ Wurmnest, S. 221.

⁶⁸⁴ Ausführlich zur Herleitung *Komninos*, CMLR 2002, 447, 466ff.

⁶⁸⁵ C-6/90 – Francovich, Rn. 37.

⁶⁸⁶ C-6/90 – Francovich, Rn. 34.

⁶⁸⁷ Reich, CMLR 2005, 35, 39; Nowak, S. 69f; *Komninos*, CMLR 2002, 447, 468ff.

⁶⁸⁸ Reich, CMLR 2005, 35, 39.

⁶⁸⁹ Mäsch, EuR 2003, 825, 844.

Anspruchsvoraussetzungen festlegt,⁶⁹⁰ also nicht nur Leitlinien für die Mitgliedstaaten formuliert. Diese Argumentation lässt sich auf den Schadensersatzanspruch des Kartellgeschädigten übertragen. Der EuGH legt die Anspruchsberechtigten fest (jedermann,⁶⁹¹ wenn zwischen dem Schaden und dem Wettbewerbsverstoß ein ursächlicher Zusammenhang besteht⁶⁹²) und verbietet so den Mitgliedstaaten, die *passing-on defense* zu untersagen. Des weiteren stellt er klar, dass Einschränkungen im Falle ungerechtfertigter Bereicherung oder erheblicher Mitverantwortung für die Wettbewerbsverzerrung gemacht werden können,⁶⁹³ setzt Vorgaben zu den Verjährungsregeln⁶⁹⁴ und präzisiert, dass in der Rechtsfolge „der Geschädigte nicht nur Ersatz des Vermögensschadens (*damnum emergens*), sondern auch des entgangenen Gewinns (*lucrum cessans*) sowie die Zahlung von Zinsen verlangen können muss.“⁶⁹⁵ Die unionsrechtlich geformte Schadensersatzhaftung hat somit bereits Kontur angenommen.⁶⁹⁶ So ließe sich argumentieren, dass dies keine Leitlinien für die Mitgliedstaaten mehr darstellten, sondern Präzisierungen eines eigenständigen, europarechtlichen Anspruchs seien.

Weiter ist anerkannt, dass das Recht auf Schadensersatz sich nicht nur kraft des Grundsatzes der vollen und praktischen Wirksamkeit des EU-Rechts rechtfertigt, sondern auch Ausformung des unionsrechtlich geschützten Rechts auf Schadenswiedergutmachung ist. So schreibt etwa *Meeßen*: „Vor allem aber erfüllt der Schadensersatzanspruch eine für die Wiederherstellung des Rechtsfriedens unverzichtbare Funktion. Schadenswiedergutmachung ist nicht allein Mittel zum Zweck der Durchsetzung von Verbotsnormen. Sie ist Selbstzweck im Sinne des Postulats ausgleichender Gerechtigkeit.“⁶⁹⁷ Nach *Roth* fußt der Schadensersatzanspruch auch auf dem Kompensationsgrundsatz.⁶⁹⁸ Dass es dem Gerichtshof bei der Schaffung des Schadensersatzanspruchs nicht nur um die Wirksamkeit von Art. 101 AEUV ging, wird auch durch die Begrenzung der Anspruchsberechtigung auf die Betroffenen deutlich. Hätte ein jeder Unionsbürger, unabhängig von seiner Betroffenheit, das Recht, die

⁶⁹⁰ C-6/90 – *Francovich*, Rn. 38ff.

⁶⁹¹ C-453/99 – *Courage*, Rn. 26.

⁶⁹² C- 295/04 – *Manfredi*, Rn. 61.

⁶⁹³ C-453/99 – *Courage*, Rn. 30f.

⁶⁹⁴ C- 295/04 – *Manfredi*, Rn. 78f.

⁶⁹⁵ C- 295/04 – *Manfredi*, Rn. 100.

⁶⁹⁶ *Alexander*, S. 96; *Nowak*, EuZW 2001, 717, 718.

⁶⁹⁷ *Meeßen*, S. 104f.

⁶⁹⁸ *Roth*, WRP 2013, 257, 262.

Durchsetzung von Unionsrecht zu verlangen, würde die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts noch stärker gefördert.⁶⁹⁹ Die Festlegung auf die Betroffenen macht aber deutlich, dass es um die Wiedergutmachung persönlicher Schäden geht. Schließlich überzeugen auch die Ausführungen des Generalanwalts *Van Gerven* in der Rs. Banks. In seinen Schlussanträgen gelangt er zur Überzeugung, dass „der Anspruch auf Ersatz des Schadens, der dadurch entstanden ist, dass ein Unternehmen gegen gemeinschaftliche Wettbewerbsvorschriften mit unmittelbarer Wirkung verstößt, seine Grundlage in der Gemeinschaftsrechtsordnung selbst findet.“⁷⁰⁰ *Van Gerven* geht zunächst von der Rechtsprechung des EuGH in der Rs. Francovich aus, welche demjenigen Entschädigung zuspricht, dessen „Rechte durch einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht verletzt werden, der einem Mitgliedstaat zuzurechnen ist.“⁷⁰¹ Dieses EU-Recht gilt nur, wenn die Verletzung auf einen Verstoß des Mitgliedsstaates gegen EU-Recht zurückzuführen ist. Sodann überträgt *Van Gerven* dieses Recht auch auf Fälle, in denen die Verletzung von unmittelbar wirkendem Unionsrecht durch Private erfolgte.⁷⁰² Dies begründet er damit, dass das Unionsrecht auch Privaten Pflichten auferlegt und jenes Unionsrecht seiner vollen Wirkung beraubt würde, könne der durch die Verletzung des unmittelbar wirkenden Unionsrecht nicht Schadensersatz verlangen.⁷⁰³ Zudem sei die Zubilligung eines Schadensersatzanspruchs die logische Folge der Direktwirkung der unionsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften zwischen Privaten.⁷⁰⁴

Die Kommission geht davon, dass das Recht auf Schadensersatz im EU-Recht verortet ist. Im Richtlinien-Vorschlag spricht sie vom „EU-Recht auf Schadensersatz“,“⁷⁰⁵ „aus dem AEUV erwachsende Recht auf Schadensersatz“⁷⁰⁶ und erläutert: „Das Recht auf Schadensersatz ist (...) durch den Vertrag garantiert und gehört somit zum gemein-

⁶⁹⁹ *König*, Der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, S. 79.

⁷⁰⁰ Schlussanträge des Generalanwalts Van Gerven vom 27. Oktober 1993 in der Rs. C-128/92 - Banks/British Coal, Rn. 45.

⁷⁰¹ C-6/90 – Francovich, Rn. 33.

⁷⁰² Schlussanträge des Generalanwalts Van Gerven vom 27. Oktober 1993 in der Rs. C-128/92 - Banks/British Coal, Rn. 41ff.

⁷⁰³ Schlussanträge des Generalanwalts Van Gerven vom 27. Oktober 1993 in der Rs. C-128/92 - Banks/British Coal, Rn. 43.

⁷⁰⁴ Schlussanträge des Generalanwalts Van Gerven vom 27. Oktober 1993 in der Rs. C-128/92 - Banks/British Coal, Rn. 44.

⁷⁰⁵ *Europäische Kommission*, Richtlinienvorschlag, S. 4.

⁷⁰⁶ *Europäische Kommission*, Richtlinienvorschlag, S. 10.

schaftlichen Besitzstand (*acquis communautaire*) (...).“⁷⁰⁷ Auch in der Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Artt. 101 oder 102 AEUV finden sich entsprechende Ausführungen: „Zu den vom EU-Recht garantierten Rechten zählt der Schadensersatzanspruch im Falle eines aufgrund einer Zuwiderhandlung gegen Artikel 101 und 102 AEUV erlittenen Schadens (...).“⁷⁰⁸ und „(...) nach dem EU-Recht garantierten Schadensersatzanspruchs (...).“⁷⁰⁹

Bereits aus Urteilen älteren Datums lässt sich schließen, dass der EuGH den materiellen Schadensersatzanspruch als im EU-Recht verankert sieht. So heißt es beispielsweise in der *Courage*-Entscheidung, es sei „Sache des innerstaatlichen Rechts der einzelnen Mitgliedstaaten, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln, die den Schutz der dem Bürger aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten sollen (...).“⁷¹⁰ Für die prozessuale Ausgestaltung hat der Mitgliedstaat zu sorgen, das materielle Recht erwächst aber aus dem Unionsrecht. Entsprechend wurde das *Courage*-Urteil in der Literatur als Meilenstein für die Entwicklung eigenständiger Verletztenrechte aufgenommen.⁷¹¹ *Komninos* weist zu Recht darauf hin, dass der EuGH in der Rs. *Courage* zunächst die Existenz des Schadensersatzanspruches feststellt und erst danach daran erinnert, dass die mitgliedstaatlichen Verfahrensmodalitäten am Effektivitäts- und Äquivalenzprinzip zu messen sind.⁷¹² Der Schadensersatzanspruch ist mithin nicht allein Folge des primärrechtlichen Einflusses auf das Verfahrensrecht, sondern besteht unabhängig davon.

In der Rs. *Pfleiderer* stellt der EuGH die gegenläufigen Interessen von Schädigern/Wettbewerbsbehörden und Geschädigten gegenüber und spricht beiderseits von unionsrechtlich geschützten Interessen.⁷¹³ Damit wird klar, dass auch die Schadensersatzinteressen des Geschädigten unionsrechtlich geschützt sind. Überdeutlich wird es schließlich in der jüngeren Entscheidung des EuGH im Fall *Donau Chemie*:

⁷⁰⁷ *Europäische Kommission*, Richtlinienvorschlag, S. 4.

⁷⁰⁸ *Europäische Kommission*, Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfang, Abl. C 167/19, S. 3.

⁷⁰⁹ *Europäische Kommission*, Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfang, S. 4.

⁷¹⁰ C-453/99 – *Courage*, Rn. 29.

⁷¹¹ *Reich*, CMLR 2005, 35, 38; a.A. Brinker in: Schwarze EU-Kommentar, Artikel 101 AEUV, Rn. 76.

⁷¹² *Komninos*, CMLR 2002, 447, 470.

⁷¹³ C-360/09 – *Pfleiderer*, Rn. 32.

Das Recht auf Schadensersatz erwächst aus dem Unionsrecht.⁷¹⁴ Es leitet sich unmittelbar aus Unionsrecht her.⁷¹⁵

In Anbetracht der überzeugenden Argumente und der klarstellenden Rechtsprechung des EuGH ist festzuhalten, dass sich ein Schadensersatzanspruch des Kartellgeschädigten eigenständig aus dem EU-Recht herleitet. Der Schadensersatzanspruch ist somit ein unionsrechtlich geschütztes Recht im Sinne des Gebotes des effektiven Rechtsschutzes.⁷¹⁶

(ii) Keine Verletzung des (Unions-)Rechts auf Schadensersatz durch den Mitgliedstaat

Der Schadensersatzanspruch des Kartellgeschädigten ist also ein unionsrechtlich geschütztes Recht. Wird dieses Recht verletzt, so muss gegen diese Verletzung effektiver Rechtsschutz bestehen. Effektiv ist der Rechtsschutz hingegen nur dann, so ließe sich denken, wenn im Vorfeld ein eigenständiger Informationsanspruch des Rechtsanwalts bestünde. Die Nichtgewährung eines eigenständigen Informationsanspruchs würde demnach das Recht des Kartellgeschädigten auf effektiven Rechtsschutz verletzen. Doch halt! Welches ist die ursprüngliche Verletzung des unionsrechtlich geschützten Rechts auf Schadensersatz gegen die, vermeintlich ineffektiv, Rechtsschutz begehrt wird? Hält der Mitgliedstaat nicht nur keinen effektiven Rechtsschutz bereit, sondern verletzt er bereits das Recht auf Schadensersatz, wenn er keinen eigenständigen Informationsanspruch für den Rechtsanwalt vorhält? In jenem Fall geschähen Verletzung des unionsrechtlich geschützten Rechts und Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz durch ein- und dasselbe Verhalten. Dies erscheint zirkelschlüssig. Aber: Liefere eine solche Unterscheidung nicht auf bloßen Formalismus hinaus? Schließlich ist ein Recht, welches nicht durchgesetzt werden kann, bekanntlich nicht viel wert. Greift man also nicht auch in den Bestand des Rechts ein, wenn man seine Durchsetzung erschwert? Und doch ist diese Unterscheidung zu treffen: Vornehmliches Ziel der Garantie des Art. 47 EGRC ist es, dem vermeintlich Verletzten die gerichtliche Klärung zu ermöglichen, ob tatsächlich Rechte verletzt worden sind.⁷¹⁷

Fühlt sich der Kartellgeschädigte durch den Mitgliedstaat in seinem Recht auf Schadensersatz verletzt, wenn ihm die Akteneinsicht versagt wird, dann steht ihm gegen den abschlägigen Bescheid der Kartellbehörde der Rechtsweg offen. Die Nichtgewäh-

⁷¹⁴ C-536/11 – Donau Chemie, Rn. 20ff.

⁷¹⁵ C-536/11 – Donau Chemie, Rn. 39.

⁷¹⁶ Noch zweifelnd *Völcker*, CMLR 2012, 695, 708f.

⁷¹⁷ *Jarass*, Art. 47, Rn. 11.

rung von Akteneinsicht mag zwar rechtswidrig sein. Das Recht auf Rechtsschutz ist aber nicht berührt, denn zur gerichtlichen Klärung der Frage, ob ihm rechtswidrig die Akteneinsicht versagt worden ist oder nicht, bedarf der Kartellgeschädigte nicht der Akteneinsicht. Die Nichtgewährung von Akteneinsicht kann also nicht gleichzeitig Verletzung des Rechts auf Schadensersatz und Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz sein. Selbiges gilt auch für den Fall, dass einem Rechtsanwalt ein eigenständiger Informationsanspruch nicht zuerkannt wird. Könnte der Rechtsanwalt eine Verletzung des Schadensersatzrechtes des Kartellgeschädigten rügen, so entsteht ihm in Hinblick auf den Rechtsschutz bei Klärung der Frage, ob die Nichtanerkennung des Anspruchs rechtswidrig ist, kein Nachteil, wenn der Informationsanspruch nicht besteht. Abstrakt formuliert bedeutet dies: Die Gewährung eines Rechts ist nicht Bedingung effektiven Rechtsschutzes, wenn die Nichtgewährung desselben Rechts gerichtlicher Prüfung unterzogen werden soll.

Da der Mitgliedstaat das Recht auf Schadensersatz des Kartellgeschädigten auch nicht auf andere Weise verletzt haben könnte außer durch die Nichtgewährung eines eigenständigen Informationsanspruchs des Rechtsanwalts, ist mit einer Verletzung des Schadensersatzrechtes durch den Mitgliedstaat auch keine Beeinträchtigung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz zu begründen.

d) *Die Kartellanten verletzen das Recht auf Freiheit vor wettbewerbswidriger Beeinträchtigung*

Das Recht auf effektiven Rechtsschutz könnte aber auch auf andere Weise verletzt sein. Ein zweiter Denkansatz lautet wie folgt: Das Recht auf effektiven Rechtsschutz wird verletzt, wenn die Union oder ein Mitgliedstaat einem Rechtsanwalt keinen eigenständigen Informationsanspruch zugesteht, weil der Kartellgeschädigte sich dann nicht wirksam gegen die Verletzung seines (Unions-)Rechts auf freie wirtschaftliche Entfaltung durch die Kartellanten wehren kann. Zu untersuchen ist, ob ein solches Unionsrecht überhaupt besteht, eine Rechtsverletzung durch Private überhaupt eine Verletzung im Sinne von Art. 47 EGRC ist und ein eigenständiger Informationsanspruch des Rechtsanwalts für effektiven Rechtsschutz sorgen würde.

(i) Das (Unions-)Recht auf Freiheit vor wettbewerbswidriger Beeinträchtigung
Ist der Kartellgeschädigte in einem unionsrechtlich geschützten Recht verletzt worden? Zweifellos hat er Vermögenseinbußen hinnehmen müssen, wegen derer er

Schadensersatz fordert. Steht ihm aber ein Unionsrecht zu, nicht auf Grund von wettbewerbswidrigem Verhalten in seinem Vermögen beeinträchtigt zu werden? Als Grundlage kommen in Betracht die unternehmerische Freiheit, Art. 16 EGRC, das Eigentumsrecht, Art. 17 EGRC, und die unionsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften Artt. 101, 102 AEUV selbst.

Die unternehmerische Freiheit wird gemäß Art. 16 EGRC „nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt.“ In ihren Schutzbereich fallen nur Tätigkeiten, die von Unternehmern (Selbständige und Freiberufler) ausgeübt werden können.⁷¹⁸ Endverbrauchern kommt Art. 16 EGRC demnach nicht zu Gute. Für den Unternehmer verbürgt Art. 16 EGRC u.a. die Handelsfreiheit, die Vertragsfreiheit und die Freiheit, den Geschäftspartner zu wählen.⁷¹⁹ Auch geschützt ist die Wettbewerbsfreiheit.⁷²⁰ Ein eigenständiges Unionsgrundrecht ist diese vielleicht noch nicht, einen rein objektivrechtlichen Grundsatz des Unionsrechts stellt die Wettbewerbsfreiheit aber auch nicht mehr dar.⁷²¹ In diese wird eingegriffen, wenn die Wettbewerbsstellung verändert wird.⁷²² So könnten Wettbewerber von Kartellanten oder marktbeherrschenden Unternehmen, die ihre Macht missbrauchen, betroffen sein. Nicht-Unternehmer können sich aber nicht auf Art. 16 EGRC berufen.

Allen Marktteilnehmern steht das Eigentumsrecht aus Art. 17 EGRC zu. In seinem Eigentum im engeren Sinne ist der Kartellgeschädigte nicht betroffen. Zahlt er einen überhöhten Preis, sei es auf Grund eines Kartells oder weil ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Stellung missbraucht, trägt er einen Vermögensschaden davon. Das Vermögen als solches wird vom Eigentumsgrundrecht nicht geschützt.⁷²³ Nur im Falle von Abgabenregelungen, die sich auf die Nutzung von Eigentum auswirken, ist Art. 17 EGRC anwendbar.⁷²⁴ Angedacht wird zwar, dass das Recht auf Schadensersatz

⁷¹⁸ Ruffert in: Callies/Ruffert EUV/AEUV, EU-GRCharta Art. 16, Rn. 1.

⁷¹⁹ Ruffert in: Callies/Ruffert EUV/AEUV, EU-GRCharta Art. 16, Rn. 2; *Jarass*, Art. 16, Rn. 9; sehr ausführlich *Frenz*, Kapitel 9, § 2, Rn. 2691ff.

⁷²⁰ Ruffert in: Callies/Ruffert EUV/AEUV, EU-GRCharta Art. 16, Rn. 2; *Jarass*, Art. 16, Rn. 9.

⁷²¹ Nowak in: Heselhaus/Baldus/Nowak Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 31, Rn. 34.

⁷²² C-280/93 – Deutschland/Rat, Rn. 81.

⁷²³ Nowak in: Heselhaus/Baldus/Nowak Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 32, Rn. 54; Calliess in: Callies/Ruffert EUV/AEUV, EU-GRCharta Art. 17, Rn. 7.

⁷²⁴ Nowak in: Heselhaus/Baldus/Nowak Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 32, Rn. 54; *Frenz*, 2862.

des Kartellgeschädigten ein Ausdruck des Schutzes seines Eigentumsrechts sei.⁷²⁵ Diesem Zusammenhang folgend müsste man schlussfolgern, dass durch das wettbewerbswidrige Verhalten das Eigentum verletzt würde und auf Grund der Eigentumsverletzung dem Geschädigten ein Schadensersatzanspruch zustünde. Dem ist nicht zu folgen, denn auch wenn der Geschädigte einen höheren als den Wettbewerbspreis gezahlt hat, so ist nicht in sein Eigentum eingegriffen worden, da er freiwillig die Transaktion eingegangen ist.⁷²⁶ Abgesehen von der Tatsache, dass Private nicht unmittelbar durch Art. 17 EGRC verpflichtet werden,⁷²⁷ ist der Kartellgeschädigte durch das wettbewerbswidrige Verhalten also nicht in seinem Eigentum im Sinne von Art. 17 EGRC betroffen.

Verbleiben Artt. 101 und 102 AEUV als mögliche Grundlage. Zwar hat *Birk* vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon sehr überzeugend dargelegt, dass aus dem damals in Art. 3 lit. g EGV niedergelegten Rechtsprinzip des unverfälschten Wettbewerbs ein positives Recht des Einzelnen auf unverfälschten Wettbewerb folgt und dieses insbesondere für die Ausgestaltung von Verfahrensrechten von Bedeutung ist.⁷²⁸ Seine Schlussfolgerungen beanspruchen auch nach dem Vertrag von Lissabon weiterhin Gültigkeit, da das Prinzip des unverfälschten Wettbewerbs sich zwar nicht im AEUV unmittelbar wiederfindet, aber über das dem EUV und AEUV beigefügte, rechtsverbindliche Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb⁷²⁹ fort gilt. Allerdings lässt sich meines Ermessens ein etwas spezielleres Recht, das Recht, nicht durch wettbewerbswidriges Verhalten beeinträchtigt zu werden, auf Grundlage von Artt. 101 und 102 AEUV begründen. Eines Rückgriffs auf das subjektive Recht auf unverfälschten Wettbewerb nach *Birk* bedarf es daher nicht.

Bezüglich der Artt. 101 und 102 AEUV lässt sich der soeben in Bezug auf das Eigentumsrecht abgelehnte Gedanke fruchtbar machen: Schadensersatzansprüche im Deliktsrecht werden nur bei Verletzung subjektiver Rechte gewährt. Gewährt die Unionsrechtsordnung einen Schadensersatzanspruch bei Schädigung durch Kartelle, so lässt sich daraus schließen, dass das Kartell in ein subjektives Recht des Geschädigten

⁷²⁵ Sich auf eine inoffizielle Aussage des EuG-Präsidenten Marc Jaeger beziehend *Caruso*, JECLAP 2010, 453, 476.

⁷²⁶ *Völcker*, CMLR 2012, 695, 708.

⁷²⁷ *Jarass*, Art. 17, Rn. 3.

⁷²⁸ Lesenswert *Birk*, Das Prinzip des unverfälschten Wettbewerbs und seine Bedeutung im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 143, 150ff, 158ff, zusammenfassend 168f.

⁷²⁹ Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb vom 13. Dezember 2007, ABl. Nr. C 306 S. 154, auch: Binnenmarkt-Protokoll oder Protokoll Nr. 27.

eingreift. Dies ist zwar nicht das Eigentumsrecht, aber das über Artt. 101 und 102 AEUV geschützte Recht des Einzelnen, sich in einer Wirtschaftsordnung frei von Wettbewerbsbeschränkungen zu entfalten. Anerkannt ist, dass Artt. 101 und 102 AEUV auch individualschützenden Charakter haben.⁷³⁰ Geht dies soweit, dem Einzelnen ein Recht zuzusprechen, nicht durch Kartellabsprachen und Marktbeherrschungsmissbrauch beeinträchtigt zu werden? Dies ist zu bejahen, denn neben der Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs dient das EU-Kartellrecht auch dazu, „die individuellen Marktteilnehmer vor Beeinträchtigung ihrer wettbewerbslichen Handlungsmöglichkeiten zu schützen.“⁷³¹ Auch das deutsche Recht verfolgt zwei Ziele. Die Gewährung von Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzanspruch in § 33 GWB dient zum einen dem öffentlichen Interesse der Durchsetzung des Kartellrechts. Zum anderen dienen die Ansprüche „der eigenen Abwehr von Wettbewerbsbeschränkungen.“⁷³² Zur Anerkennung eines solchen Rechts des Einzelnen gelangt man durch einen Rückschluss: Gäbe es ein solches Recht, welche Instrumente würde man zu seinem Schutz aufbieten? Wirksam wäre ein Recht des Einzelnen nur, wenn er es durchsetzen könnte. Er muss also vorbeugend Unterlassung, nachträglich Beseitigung und Schadensersatz geltend machen können und die Möglichkeit haben, auf behördliches Eingreifen zu drängen. Alle diese (Durchsetzungs-)Ansprüche bestehen: Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch aus § 33 Abs. 1 GWB, Schadensersatzanspruch gemäß § 33 Abs. 1, 3 GWB und das Recht auf Beschwerde nach Art. 7 VO 1/2003 i.V.m. Artt. 5ff. VO 773/2004 und § 54 GWB.⁷³³ Folglich gibt es auch das zu Grunde liegende Recht des Einzelnen, nicht durch Kartellabsprachen und Marktmissbrauch beeinträchtigt zu werden. Es ist das Recht des Einzelnen auf Freiheit vor wettbewerbswidriger Beeinträchtigung. Auch *Meeßen* scheint von der Existenz eines solchen Rechts auszugehen, wenn er schreibt: „Der Staat steht (...) in der Pflicht, dem Bürger effektive Instrumente zur Verfügung zu stellen, die es ihm ermöglichen, sich gegen die Beschränkung seiner wirtschaftlichen Freiheit durch verbotene Koordination und den Missbrauch von Marktmacht effektiv zu schützen (...).“⁷³⁴

⁷³⁰ Für Art. 101 AEUV *Frenz*, Kapitel 9, § 2, Rn. 2712.

⁷³¹ Stockenhuber in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EU-Kommentar, AEUV Art. 101, Rn. 229.

⁷³² Rehbindner in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff Kartellrecht, GWB § 33, Rn. 1.

⁷³³ Vgl. *Birk*, S. 272. Auch Birk sieht das Beschwerderecht des Einzelnen als Ausdruck des Rechts auf unverfälschten Wettbewerb.

⁷³⁴ *Meeßen*, S. 105.

Zwar gibt man dem Privaten diese Instrumente auch in die Hand, um mittels Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung die Behörden zu entlasten und somit die Marktteilnehmer vor den Karren des Schutzes des Wettbewerbs an sich zu spannen. Alleiniger Grund für die Gewährung ist dies jedoch nicht, wie beispielsweise schon durch den individualschützenden Wortlaut von § 54 Abs. 1 S. 2 GWB deutlich wird („zum Schutz eines Beschwerdeführers“). So führt *Meeßen* auch fort: Die oben genannte Pflicht zur Bereitstellung effektiver Instrumente gelte selbst dann, „wenn dies im Einzelfall gegenüber einem kartellbehördlichen Vorgehen kostenintensiver wäre.“⁷³⁵ Die Verfolgung wettbewerbswidrigen Verhaltens durch Private ist also nicht nur Hilfsmittel der behördlichen Verfolgung. Dass mit den Vorschriften der Artt. 101 und 102 AEUV auch Allgemeinbelange verfolgt werden, ist ihrer Funktion als Gewähr subjektiver Rechte nicht abträglich.⁷³⁶ Es ist ausreichend, wenn der Interessenkreis von Bürgern de facto unmittelbar berührt ist.⁷³⁷ Es besteht somit ein Unionsrecht des Einzelnen, nicht durch wettbewerbswidriges Verhalten beeinträchtigt zu werden, also ein Recht auf Freiheit vor wettbewerbswidriger Beeinträchtigung.

(ii) Verletzung des (Unions-)Rechts auf Freiheit vor wettbewerbswidriger Beeinträchtigung durch die Kartellanten

Eine Beeinträchtigung von Art. 16 EGRC ist nicht durch Handeln Privater möglich, da diese nicht durch Art. 16 EGRC gebunden sind.⁷³⁸ Der Schutz vor Verletzungen der Wettbewerbsfreiheit dient der Abwehr staatlicher Eingriffe.⁷³⁹ Ebenso wurde festgestellt, dass Art. 17 EGRC Private nicht bindet.

Fraglich ist, ob die Verletzung des Rechts auf Freiheit vor wettbewerbswidriger Beeinträchtigung durch Private (und nicht den Mitgliedsstaat) eine taugliche Rechtsverletzung im Sinne von Art. 47 EGRC ist. In der Literatur ist anerkannt, dass – anders als in Art. 19 Abs. 4 GG – das Recht aus Art. 47 Abs. 1 EGRC keinen Akt der öffentlichen Gewalt erfordert, sondern dass auch Verletzungen durch Private erfasst sind, „soweit

⁷³⁵ *Meeßen*, S. 105.

⁷³⁶ *Jarass*, NJW 2011, 1393,

⁷³⁷ *Jarass*, NJW 2011, 1393,

⁷³⁸ *Frenz*, Kapitel 9, § 2, Rn. 2677; zustimmend *Jarass*, Art. 16, Rn. 3.

⁷³⁹ *Frenz*, Kapitel 9, § 2, Rn. 2717.

sie durch Unionsrecht gebunden sind.“⁷⁴⁰ Die Formulierung ist leider nicht selbsterklärend.

Weit interpretiert könnte sie bedeuten, dass das Verhalten der Schädiger allgemein in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen müsse. Da sie den EU-Wettbewerbsvorschriften unterliegen, wäre die Bildung eines Kartells eine im Rahmen von Art. 47 EGRC zu berücksichtigende Verletzungshandlung. Ein derart großer Anwendungsbereich stünde aber im Widerspruch zu Art. 51. EGRC, wonach die Charta „für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“ gilt, also nicht schon dann, wenn ein Handeln lediglich in den Anwendungsbereich der Union falle.⁷⁴¹ Ließe man es ausreichen, wenn das Handeln der Privaten lediglich in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fiele, unterlägen diese strengeren Verpflichtungen als die Mitgliedstaaten selbst.

Eng interpretiert könnte die Formulierung bedeuten, dass der Private in seiner Verletzungshandlung durch das Unionsrecht gebunden war, also auf Grund einer Unionsvorschrift verletzend handeln musste. Dann wird es aber regelmäßig der Fall sein, dass – selbst unter Berücksichtigung der strengen Rechtsprechung des EuGH zum Verschuldensmaßstab – der Private exkulpiert ist, also noch nicht einmal ein Schadensersatzanspruch vorliegt. Es läge dann auch näher, gegen die mitgliedstaatliche Regelung vorzugehen, die den Privaten zu seinem Handeln zwang. So bliebe von der Einbeziehung Privater in Art. 47 EGRC nicht viel übrig.

Richtig umgesetzt muss die Formulierung, „soweit sie durch Unionsrecht gebunden sind“ bedeuten, dass das Verhalten Privater insoweit erfasst ist, als Ihnen unmittelbar Pflichten durch das EU-Recht auferlegt werden. Nimmt das EU-Recht nicht nur die Mitgliedstaaten in die Pflicht, sondern punktuell auch Private, wird deutlich, dass diese für jenen Bereich auch in der Verantwortung stehen, denn ihr regelkonformes Verhalten ist unmittelbar Bedingung der vollen und praktischen Wirksamkeit des EU-

⁷⁴⁰ Leider alle ohne weitere Begründung *Frenz*, Kapitel 13, § 2, Rn. 5004; *Jarass*, NJW 2011, 1393, 1394; *Blanke* in: *Callies/Ruffert EUV/AEUV*, EU-GRCharta Art. 47, Rn. 7; *van Vormizeele* in: *Schwarze EU-Kommentar*, Artikel 47 GRC, Rn. 7.

⁷⁴¹ In diesem Zusammenhang ist das Urteil des EuGH in des Rs. *Fransson* vom 26. Februar 2013, C-617/10 zu beachten: Auf Grund von Steuerhinterziehung wurde *Fransson*, allein auf Grundlage schwedischer Gesetze, mit einer Strafsteuer belegt und strafrechtlich verfolgt. Er rügte das in der EGRC verbürgte Verbot von *ne bis in idem*. Der EuGH bejahte die Anwendbarkeit der EGRC, weil sich bei der in Frage stehenden Tat um die Hinterziehung von Umsatzsteuer handelt. Das Recht der Umsatzsteuern würde durch EU-Recht geregelt und die Staaten hätten für eine wirksame Steuererhebung zu sorgen. Deshalb unterlägen auch die Sanktionsinstrumente dem EU-Recht, denn indem ein Mitgliedstaat sanktioniere, führe er Unionsrecht aus. Der Anwendungsbereich der EGRC wird dabei sehr großzügig gesteckt.

Rechts. Soweit der Private pflichtig ist, trägt er Verantwortung für den Erhalt von Unionsrechten anderer Privater, ähnlich wie ein Mitgliedsstaat mit der Durchführung des Unionsrechts betraut ist (Art. 51 EGRC). Rechtsverletzungen von unionsrechtlich geschützten Rechten von Privaten durch Private sind deshalb im Rahmen von Art. 47 EGRC relevant, soweit die Rechtsverletzung auf einer EU-Norm beruht, die dem Verletzer das verletzende Verhalten zum Schutz des Verletzten verbietet. Es wäre sonst auch widersinnig, dem Einzelnen einen Schadensersatzanspruch zuzugestehen, weil das Unternehmen unionsrechtlich geschützte Rechte verletzt hat, ihm das zugehörige Recht auf effektiven Rechtsschutz aber zu verwehren. Diese Präzisierung berücksichtigend ist *Wesselburg* zuzustimmen, das Gebot des effektiven Rechtsschutzes erfasse, „nicht nur den Rechtsschutz von Privaten, die durch hoheitliche Maßnahmen in ihren wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigt oder in ihren subjektiven Rechten verletzt wurden, sondern auch den Schutz privater Rechte im Verhältnis zwischen gleichgestellten Rechtssubjekten.“⁷⁴²

(iii) Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz durch die Union oder den Mitgliedstaat

Ist festgestellt, dass ein unionsrechtlich geschütztes Recht des Kartellgeschädigten verletzt ist, und die Verletzungshandlung durch einen Privaten relevant im Sinne von Art. 47 EGRC ist, muss ferner untersucht werden, ob die Union oder ein Mitgliedstaat das Recht auf effektiven Rechtsschutz verletzt, wenn keine Akteneinsicht gewährt wird. Bereits hinsichtlich des Akteneinsichtsrechts des Kartellgeschädigten wird bezweifelt, ob es sich mittels des Gebotes des effektiven Rechtsschutzes begründen lässt.⁷⁴³ Überzeugender ist jedoch die Ansicht des Generalanwalts *Mazák*, der einen Eingriff in „das Grundrecht des Betroffenen auf einen wirksamen Rechtsbehelf“ aus Art. 47 i.V.m. Art. 51 Abs. 1 EGRC annimmt, wenn dem mutmaßlich Geschädigten Einsicht in die Unterlagen der Wettbewerbsbehörde verweigert wird.⁷⁴⁴ Fraglich ist, ob sich darüber hinaus auch ein eigenständiger Anspruch auf Akteneinsicht für den Rechtsanwalt ergibt. Durch die Nichtgewährung eines eigenständigen Informationsanspruchs für den Rechtsanwalt könnte das Recht auf effektiven Rechtsschutz des

⁷⁴² *Wesselburg*, S. 30; *Nowak*, S. 67. Auch Nowak geht davon aus, dass effektiver Rechtsschutz gegen unionsrechtswidriges Verhalten Privater möglich sein muss.

⁷⁴³ *Völcker*, CMLR 2012, 695, 708f.

⁷⁴⁴ Schlussanträge des Generalanwalts *Mazák* vom 16. September 2010 in der Rs. C-360/09 – Pfeiderer, Rn. 37 und 48.

Kartellgeschädigten verletzt sein. Hier tun sich zwei Probleme auf: Ersten ist fraglich, ob einer Rechtsverletzung einer Person (Kartellgeschädigter) mittels der Gewährung von Rechten gegenüber einer anderen Person (Rechtsanwalt) abgeholfen werden kann oder ob zwingend an der Person des Kartellgeschädigten angesetzt werden muss. Fraglich ist zweitens, ob ein derart weit im Vorfeld eines gerichtlichen Verfahrens liegendes Unterlassen (Nichtgewährung von Akteneinsicht) eine Verletzungshandlung des Rechts auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz sein kann.

Zur ersten Frage ist zu bemerken, dass nichts darauf hindeutet, dass es unzulässig sei, zur Gewährung effektiven Rechtsschutz einer Person Rechte für andere zu schaffen. Nicht zwingend ist die Gewähr effektiven Rechtsschutzes mit der Schaffung von Individualrechten für den Betroffenen verbunden. Das Gebot des effektiven Rechtsschutzes wird und kann anders erfüllt werden, z.B. durch die Gestaltung des Gerichtssystems, Regeln zu Verfahrensarten und Fristen etc. Zudem wird durch Art. 47 Abs. 2 S. 2 EGRC („Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen.“) deutlich, dass bei der Gewährung effektiven Rechtsschutzes für eine Person auch die Belange anderer berührt werden. Denn aus Art. 47 Abs. 2 S. 2 EGRC folgt auch, dass die Unabhängigkeit des Anwalts zu wahren ist und beispielsweise Informationen aus dem Mandatsverhältnis nicht an Behörden übermittelt werden müssen.⁷⁴⁵ Ausgeschlossen ist folglich nicht, dass zu Gunsten des Rechtsschutzbedürftigen auch Regelungen mit Wirkung für Dritte getroffen werden müssen.

Zur zweiten Frage: Das Recht auf effektiven Rechtsschutz gewährt den Zugang zum Gericht selbst. Dieser muss ausreichend sein,⁷⁴⁶ es darf dem Rechtsschutzbegehrenden nicht unmöglich gemacht oder erschwert werden, sein Begehren bei Gericht vorzubringen. Es dürfen also z.B. nicht zu kurze Fristen⁷⁴⁷ gesetzt werden und es muss Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes geben, soweit dies für die Durchsetzung unionsrechtlich geschützter Rechte erforderlich ist.⁷⁴⁸ Ein derart klassischer Eingriff ist die Nichtgewährung eines eigenständigen Akteneinsichtsrechts für einen Rechtsanwalt nicht. Der Zugang zu Gericht an sich wird dem Kartellgeschädigten nicht versperrt. Die Frage ist allerdings: Wie wirksam ist sein Recht auf effektiven Rechtsschutz? Dass nicht nur Zugang zu Gericht gewährt werden muss, sondern der einge-

⁷⁴⁵ *Frenz*, Kapitel 13, § 2, Rn. 5057.

⁷⁴⁶ *Jarass*, Art. 47, Rn. 7.

⁷⁴⁷ C-208/90 – Emmott, Rn. 23.

⁷⁴⁸ C-213/89 – Factortame, Rn. 21; C- 432/05 – Unibet, Rn. 67.

legte Rechtsbehelf auch wirksam sein können muss, stellt der Wortlaut von Art. 47 Abs. 1 EGRC klar. Wirksam ist ein Rechtsbehelf, wenn ausreichender Zugang zu Gerichten besteht, die zentralen Verfahrensvorgaben beachtet werden und erforderlichenfalls Prozesskostenhilfe gewährt wird.⁷⁴⁹ So gelangt man zurück zur Frage, unter welchen Umständen der Zugang zu Gericht ausreichend ist. Ohne die Frage abschließend beantworten zu können, steht meines Erachtens fest, dass der Zugang jedenfalls dann nicht ausreichend ist, wenn er rechtlich unmöglich ist, also auf Grund von Rechtsregeln verwehrt wird. Aber auch tatsächliche Umstände finden Berücksichtigung. Hilft der Mitgliedstaat Umständen nicht ab, die in tatsächlicher Hinsicht eine Rechtsdurchsetzung unmöglich machen, verstößt auch dies gegen das Recht auf effektiven Rechtsschutz. Nicht nur generell muss ein Rechtsweg offen stehen, sondern auch *im Einzelfall* muss die Möglichkeit bestehen, diesen zu beschreiten.⁷⁵⁰ Dies verdeutlichen die Regeln über die Prozesskostenhilfe, Art. 47 Abs. 3 EGRC. Kläger, die auf Prozesskostenhilfe angewiesen sind, sehen sich tatsächlichen Hindernissen gegenüber. Theoretisch können sie klagen, werden es ohne Hilfe aber nicht tun. Menschen, denen schlicht die Mittel fehlen, einen Prozess zu führen, wird mittels Prozesskostenhilfe geholfen, weil es als ungerecht empfunden wird, wenn jemand auf Grund seiner persönlichen Situation seine Rechte nicht geltend machen kann. Die Rechtsdurchsetzung, der Zugang zu Gericht, darf kein Privileg der Begüterten sein. Damit offenbart die europäische Rechtsordnung, dass ihr daran gelegen ist, dass nicht nur „jeder-mann“ Rechte haben soll, sondern auch „jedermann“ die Möglichkeit zur Durchsetzung seiner Rechte haben muss. Der Gedanke hinter der Prozesskostenhilfe lässt sich auf unwissende Kartellgeschädigte und Opfer von Streuschäden übertragen, die sich in ähnlicher Lage wie Prozesskostenhilfebedürftige befinden. Theoretisch steht es dem Geschädigten frei, auch bei Kleinstbeträgen seinem Schadensersatzanspruch mit Hilfe der Gerichte zur Durchsetzung zu verhelfen. Praktisch kann er dies nicht tun, wenn er nichts von seinem Schaden weiß, oder er wird es nicht tun, weil Kosten und Nutzen im Falle der Einzelklage in einem Missverhältnis stehen. Es darf kein Privileg der Wissenden sein, ihre Schäden einzuklagen. Die unwissenden Verbraucher tragen keine Schuld an ihrer Unkenntnis.⁷⁵¹ Ebenso wenig darf es jemandem zum Nachteil

⁷⁴⁹ Blanke in: Callies/Ruffert EUV/AEUV, EU-GRCharta Art. 47, Rn. 1.

⁷⁵⁰ Böcker, Wirksame Rechtsbehelfe zum Schutz der Grundrechte der Europäischen Union, S. 43 mwN.

⁷⁵¹ Das Unwissende geschützt werden und an die Bemühungen, Kenntnis zu erlangen geringe Anforderungen gestellt werden zeigt KG, Urteil vom 1. 10. 2009, 2 U 17/03 = NJOZ 2010, 536, 537: Über das

gereichen, nur einen kleinen statt einen großen Schaden erlitten zu haben. So wie für die Chancen der Rechtsdurchsetzung nicht ausschlaggebend sein darf, ob jemand über viel oder zu wenig finanzielle Ressourcen zur Prozessfinanzierung verfügt. Ohne Ausgleich dieser Nachteile können ganze Gruppen von ihrer Rechtsdurchsetzung keinen Gebrauch machen. Analog zur Argumentation *Bernhards*⁷⁵² hinsichtlich der Einführung von Sammelklagen, ist es daher nicht ausreichend, wenn im Einzelfall Richter ad-hoc Lösungen finden, sondern es bedarf verbindlicher gesetzlicher Regelungen. Einzig die Einführung von Sammelklagen mit dem dazugehörigen eigenständigen Informationsanspruch des Rechtsanwalts kann hier Abhilfe schaffen.⁷⁵³ Ein eigenständiger Informationsanspruch des Rechtsanwalts ist durch das Recht auf effektiven Rechtsschutz geboten. Denn das Nichtbestehen eines eigenständigen Informationsanspruchs des Rechtsanwalts ist ein Umstand, der – auch wenn er im Vorfeld des Gerichtsverfahrens liegt – den Zugang zu Gericht unzureichend macht und das Einlegen eines wirksamen Rechtsbehelfs behindert. Wie der EuGH in der Rs. Unibet feststellt, ist die Unzulänglichkeit einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung mit Blick auf die Durchsetzbarkeit unionsrechtlich geschützter Rechte ein Verstoß gegen das Recht auf effektiven Rechtsschutz.⁷⁵⁴ Selbiges muss für die EU selbst gelten. Deshalb ist das Nichtbestehen eines eigenständigen Informationsanspruchs des Rechtsanwalts ein Verstoß gegen das Recht des Kartellgeschädigten auf effektiven Rechtsschutz im Sinne von Art. 47 EGRC.

Dieses Ergebnis wird gestützt durch die Literaturmeinung zum Verhältnis vom Recht auf effektiven Rechtsschutz und Kollektivklagemechanismen. Es wird stark bezweifelt, ob die derzeit bestehenden Klagemöglichkeiten den Anforderungen des Rechts auf effektiven Rechtsschutzes, nämlich seine unionsrechtlich geschützten Rechte auch im konkreten Einzelfall mit einer realen Chance umsetzen zu können, gerecht werden.⁷⁵⁵ Das Recht auf effektiven Rechtsschutz fordere einen erleichterten Zugang zu

Kartell wurde in der Presse berichtet. Es ist jedoch nicht grob fahrlässig, sich nicht durch Zeitungslektüre über Kartelle zu informieren, sodass die Verjährungsfrist nicht schon mit dem Pressebericht beginnt.

⁷⁵² *Bernhard*, S. 226.

⁷⁵³ Siehe oben § 4 I 4.

⁷⁵⁴ C-432/05 – Unibet, Rn. 77.

⁷⁵⁵ *Bernhard*, S. 225 mwN.

Gericht für Fälle mit Streuschadenproblematik.⁷⁵⁶ Dem lasse sich am ehesten durch die Einführung von Kollektivklagemechanismen entsprechen.⁷⁵⁷

e) Folgen einer Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz

Die Folgen einer Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz richten sich nach den allgemeinen Regeln für die Grundrechte der EU-Charta. Europäisches Sekundärrecht oder mitgliedstaatliches Recht, welches gegen ein EU-Grundrecht verstößt ist rechtswidrig.⁷⁵⁸ Der Grundrechtsverstoß entfällt allerdings, wenn eine grundrechtskonforme Auslegung möglich ist.⁷⁵⁹ Sowohl Gerichte als auch Verwaltungsbehörden sind in der Pflicht, „mit besonderer Sorgfalt die Möglichkeit der grundrechtskonformen Auslegung zu prüfen.“⁷⁶⁰ Der EuGH hat jedoch klar gestellt, dass der Grundsatz EU-rechtskonformer Auslegung „nicht zu einer Auslegung contra legem des nationalen Rechts führen [darf].“⁷⁶¹ Ein Verstoß gegen Art. 47 EGRC liegt demnach nicht vor, wenn sich europäisches und deutsches Recht ohne Verletzung des ausdrücklichen Wortlauts dahingehend auslegen lassen, dass dem Rechtsanwalt ein eigenständiger Informationsanspruch gegenüber den Kartellbehörden zusteht.

5. Art. 4 Abs. 3 EUV - Effektivitätsgrundsatz

a) Bedeutung des Effektivitätsgrundsatzes

Obwohl eng verwandt, ist der in Art. 4 Abs. 3 Ua. 2 EUV seinen Niederschlag findende Effektivitätsgrundsatz nicht mit dem sogenannten *effet utile* des Europarechts zu verwechseln: „*Effet utile* bedeutet praktische Wirksamkeit, volle Sinnentfaltung. [Es handelt sich um eine] hoch praxisrelevante, im Wesentlichen teleologische Auslegungsmethode des EuGH, um möglichst alle im Unionsrecht angelegten europäischen Befugnisse umfassend auszuschöpfen. Nach ihr soll grundsätzlich jede europarechtliche Norm so ausgelegt werden, dass sie maximale Nutzung pro europäische Integration entfaltet. Dies kann bisweilen mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung kollidieren.“⁷⁶² Anders als der *effet utile* Grundsatz, der die Mitgliedstaaten all-

⁷⁵⁶ Bernhard, S. 226.

⁷⁵⁷ Bernhard, S. 226.

⁷⁵⁸ Jarass, Einl., Rn. 58.

⁷⁵⁹ Jarass, Einl., Rn. 54; Frenz, Kapitel 3, § 10, Rn. 437.

⁷⁶⁰ Jarass, Einl., Rn. 60, 69.

⁷⁶¹ C-105/03 – Pupino, Rn. 47; C-212/04 – Adeneler, Rn. 110.

⁷⁶² Bergmann/Mickel, Handlexikon der Europäischen Union, S. 238.

gemein verpflichtet, mittels Auslegung⁷⁶³ unter der Auswahl mehrerer die „im Sinne der unionsrechtlichen Verpflichtung gute oder bestmögliche“ Handlungsmöglichkeit zu wählen,⁷⁶⁴ setzt der Effektivitätsgrundsatz (auch Vereitelungsverbot oder Beeinträchtungsverbot) zusammen mit dem Äquivalenzgrundsatz (auch Gleichwertigkeitsgrundsatz oder Diskriminierungsverbot) konkrete Vorgaben für den verwaltungsmäßigen Vollzug des Unionsrechts und schränkt somit die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten ein.⁷⁶⁵ Während der Gleichwertigkeitsgrundsatz gebietet, dass „nationale Vorschriften auf unionsrechtlich geregelte Sachverhalte in gleicher Weise angewendet werden wie in gleich gelagerten innerstaatlichen Fällen,“⁷⁶⁶ darf nach dem Effektivitätsprinzip „eine unionsrechtliche Rechtsposition nicht durch die Anwendung nationalen Rechts praktisch unmöglich oder wesentlich erschwert werden.“⁷⁶⁷ Somit fungiert der Effektivitätsgrundsatz als Schranke der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten bei der Ausführung und Umsetzung des Unionsrechts. Darüber hinaus setzt der Effektivitätsgrundsatz aber nicht nur (negativ) Grenzen, sondern nimmt auch die Mitgliedstaaten (positiv) in die Pflicht, für die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts zu sorgen, z.B. durch die Sanktionierung EU-rechtswidrigen Verhaltens.⁷⁶⁸ Diese Rechtsfolgen sind zwei Seiten derselben Medaille, denn gemessen am Ziel, den Unionsvorschriften zur vollen/praktischen Wirksamkeit zu verhelfen,⁷⁶⁹ darf es keinen Unterschied machen, ob Unionsrecht nicht wirksam angewendet wird, weil nationale Vorschriften entgegenstehen oder das Fehlen nationaler Vorschriften zu einer Nicht-/Schlechthanwendung führt.⁷⁷⁰ Die Wirksamkeit des Unionsrechts kann durch das Bestehen nationaler Rechtsvorschriften, aber auch durch ein Fehlen nationaler Regelungen erheblich erschwert oder unmöglich gemacht werden.⁷⁷¹ Auf Grund der unmittelbaren Wirkung des Effektivitätsgebotes

⁷⁶³ Schwarze in: Schwarze EU-Kommentar, Artikel 19 EUV, Rn. 38; ausführlich zum *effet utile* als Auslegungsgrundsatz *Frenz*, Kapitel 4, § 6, Rn. 419ff.

⁷⁶⁴ Vedder in: Vedder/Heintschel EU-Kommentar, Art. 4 EUV, Rn. 19.

⁷⁶⁵ Hatje in: Schwarze EU-Kommentar, Artikel 4 EUV, Rn. 59.

⁷⁶⁶ Hatje in: Schwarze EU-Kommentar, Artikel 4 EUV, Rn. 36.

⁷⁶⁷ Vedder in: Vedder/Heintschel EU-Kommentar, Art. 4, Rn. 27; Hatje in: Schwarze EU-Kommentar, Artikel 4 EUV, Rn. 36.

⁷⁶⁸ Ausführlich zur Erforderlichkeit von Sanktionen *Alexander*, S. 87, 91ff; Hatje in: Schwarze EU-Kommentar, Artikel 4 EUV, Rn. 52; Bogdandy/Schill in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EU-Kommentar, EUV Art. 4, Rn. 79; *Wagner*, AcP 2006, 352, 411ff.

⁷⁶⁹ In dieser Zielsetzung sind sich *effet utile* Auslegung und Effektivitätsgrundsatz gleich.

⁷⁷⁰ *Weyer*, ZEuP 2003, 318, 322; ähnlich schwierig fällt die Abgrenzung von Förderungs- und Unterlassungspflicht Hatje in: Schwarze EU-Kommentar, Artikel 4 EUV, Rn. 69.

⁷⁷¹ *Kulms*, Der Effektivitätsgrundsatz. Eine Untersuchung zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, S. 171.

dürfen innerstaatliche Vorschriften, welche die Verwirklichung des Unionsrechts beeinträchtigen, nicht angewendet werden.⁷⁷² Spiegelbildlich können sogar auf Grund des Effektivitätsgrundsatzes ergänzende Regelungen mit unmittelbarer Wirkung aus dem Gemeinschaftsrecht entnommen werden.⁷⁷³

Abzugrenzen ist der Effektivitätsgrundsatz auch vom Recht auf effektiven Rechtsschutz. Wie oben festgestellt, ergibt sich das selbstständige Recht auf effektiven Rechtsschutz nicht aus Art. 4 Abs. 3 EUV.⁷⁷⁴ Der Effektivitätsgrundsatz und das Recht auf effektiven Rechtsschutz sind in dessen Rahmen dennoch eng verzahnt, aber nach ihrer Konzeption zu trennen. Es besteht eine regelrechte Wechselwirkung zwischen den beiden: Zum einen kann das Unionsrecht oft nur seine volle, praktische Wirksamkeit entfalten, indem dem Einzelnen effektiver Rechtsschutz gewährt wird und so sichergestellt wird, dass Unionsrechte auch durchgesetzt werden können.⁷⁷⁵ Die Gewährung effektiven Rechtsschutzes ist also ein Mittel unter anderen zur Sicherstellung der Effektivität des Unionsrechts. Zum anderen unterliegt die Ausgestaltung des effektiven Rechtsschutzes durch die Mitgliedstaaten wie andere Verfahrensregelungen auch (z.B. das Verwaltungsverfahren) dem Effektivitäts- und Äquivalenzgebot.⁷⁷⁶ Als Schranke der Verfahrenautonomie betrifft der Effektivitätsgrundsatz also auch das Recht auf effektiven Rechtsschutz. Konzeptionell ist jedoch zu trennen: Während das Recht auf effektiven Rechtsschutz als Individualgrundrecht ein subjektives Recht des Einzelnen darstellt, entfaltet der objektive Grundsatz der Effektivität des Unionsrechts nur ausnahmsweise unmittelbare Geltung für den Einzelnen.⁷⁷⁷

Verlangt der Effektivitätsgrundsatz die Sicherstellung der vollen und praktischen Wirksamkeit von Unionsrecht, bieten sich zwei Anknüpfungspunkte: Der unionsrechtlich garantierte Schadensersatzanspruch des Kartellgeschädigten und die primärrechtlichen Wettbewerbsvorschriften der Artt. 101 und 102 AEUV. Auf Grund der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit und zur Unterstützung der Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts, gilt der Effektivitätsgrundsatz für die Union in dem Sinne, dass sie die Maßnahmen der Mitgliedstaaten, welche diese auf Grund des

⁷⁷² Hatje in: Schwarze EU-Kommentar, Artikel 4 EUV, Rn. 36.

⁷⁷³ Mit Verweis auf die "Neuschöpfung" der Staatshaftung *Alexander*, S. 91; *Weyer*, ZEuP 2003, 318, 322.

⁷⁷⁴ Siehe oben § 4 II 4 a) (iii).

⁷⁷⁵ Hatje in: Schwarze EU-Kommentar, Artikel 4 EUV, Rn. 62; Vedder in: Vedder/Heintschel EU-Kommentar, Artikel 4 EUV, Rn. 27.

⁷⁷⁶ *Schwarze*, S. 728, 731.

⁷⁷⁷ Hatje in: Schwarze EU-Kommentar, Artikel 4 EUV, Rn. 25f.

Effektivitätsgrundsatzes treffen, zu spiegeln hat.⁷⁷⁸ Führen die folgenden Überlegungen also zu dem Ergebnis, die Mitgliedstaaten seien auf Grund des Effektivitätsgrundsatzes zur Bereitstellung von Informationsansprüchen für unmandatierte Rechtsanwälte verpflichtet, so gilt dies insoweit auch für die EU. Denn eine Ungleichbehandlung auf Grund der Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und mitgliedstaatlicher Wettbewerbsbehörde wäre unerträglich, könnte vom Mitgliedstaat allein mangels Kompetenz aber nicht beseitigt werden.

b) *Anwendung des Effektivitätsgrundsatzes mit Blick auf den Schadensersatzanspruch*

Wie oben dargestellt besteht ein im EU-Recht verankerter Schadensersatzanspruch.⁷⁷⁹ Art. 4 Abs. 3 EUV gebietet den Mitgliedstaaten, die unmittelbare Geltung und Wirksamkeit des Unionsrechts zu sichern.⁷⁸⁰ Alle innerstaatlichen Stellen müssen die unionsrechtlichen Vorschriften mithin ohne weiteres anwenden.⁷⁸¹ Darüber hinaus müssen sie, da sie dem Effektivitätsgrundsatz verpflichtet sind, nicht nur für die unmittelbare, sondern auch für die wirksame Anwendung des Schadensersatzanspruches sorgen. Die Frage lautet, ob durch das Nichtbestehen eines eigenständigen Informationsanspruches des Rechtsanwalts das Recht auf Schadensersatzanspruch des Kartellgeschädigten praktisch unmöglich oder wesentlich erschwert wird, also ein Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz vorliegt. Denjenigen Geschädigten, die um die Schädigung wissen und deren Schaden ein Ausmaß erreicht, um nicht rational desinteressiert zu sein, wird durch das Fehlen eines eigenständigen Informationsanspruches des Rechtsanwalts die Durchsetzung ihres Schadensersatzanspruches nicht unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert. Sie können ihre eigenen Informationsansprüche gegenüber den Wettbewerbsbehörden geltend machen,⁷⁸² ggf. mit Hilfe ihres eigenen Rechtsanwalts. Den Unwissenden und Betroffenen von Streuschäden hingegen wird die Durchsetzung ihres Rechts auf Schadensersatz wegen des fehlenden eigenständigen Informationsanspruches des Rechtsanwalts erschwert, wie schon die Ausführungen zum Gebot des effektiven Rechtsschutzes gezeigt haben.⁷⁸³ Gäbe es

⁷⁷⁸ Siehe oben § 4 II 5 a).

⁷⁷⁹ Siehe oben § 4 II 4 c) (i).

⁷⁸⁰ Hatje in: Schwarze EU-Kommentar, Artikel 4 EUV, Rn. 37.

⁷⁸¹ Hatje in: Schwarze EU-Kommentar, Artikel 4 EUV, Rn. 37.

⁷⁸² Siehe oben § 3 I.

⁷⁸³ Siehe oben § 4 II 4 d).

ein eigenständiges Informationsrecht für Rechtsanwälte gegenüber den Wettbewerbsbehörden, würde die Durchsetzung des unionsrechtlich verankerten Schadensersatzanspruchs effektiver. Fraglich ist jedoch, ob die Erschwerung der Rechtsdurchsetzung schon ein ausreichendes Maß erreicht, um einen Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz zu bejahen. Dies ist in zwei Schritten zu prüfen: Erstens muss geklärt werden, welche Anforderungen der Effektivitätsgrundsatz an den Mitgliedstaat stellt: Ist er nur zu einem Mindestmaß an Anstrengung zur Verwirklichung des EU-Rechts verpflichtet und muss er lediglich der gesamten Geschädigtengruppe im Mittel, also im Sinne einer Globalbetrachtung aller Geschädigten, seiner Verpflichtung nachkommen? Zweitens muss bestimmt werden, welches Maß an Bemühungen dem einzelnen Geschädigten zu Durchsetzung seines Schadensersatzanspruches abverlangt werden kann.

Zur ersten Teilprüfung: In Abgrenzung zum Recht auf effektiven Rechtsschutz könnte man meinen, der Effektivitätsgrundsatz sei nur objektiv-rechtlich ausgestaltet⁷⁸⁴ und lege dem Mitgliedstaat nur ein Mindestmaß an Anstrengung auf, verlange von ihm aber keine Best- oder Höchstleistung. Volle Wirksamkeit sei nicht mit höchstmöglicher Wirksamkeit gleichzusetzen.⁷⁸⁵ Dann könnte man eine Globalbetrachtung anstellen, d.h. die Gruppe der Kartellgeschädigten in ihrer Gesamtheit ansehen und feststellen, ob der Mitgliedstaat dafür sorgt, dass in der Regel die überwiegende Zahl der Kartellgeschädigten ihren Schadensersatzanspruch durchsetzen können. Oder man gäbe sich sogar damit zufrieden, dass der überwiegende Teil des Gesamtschadens kompensiert wird. Solange die Anzahl der „Störungen“ gering bleibt, würde die Erschwerung der Rechtsdurchsetzung nicht als wesentlich angesehen. Zwar wäre unsicher, wie hoch der Anteil der Störungen maximal sein dürfe. Jedenfalls wenn ein klares Regel-Ausnahme-Verhältnis zu Lasten des EU-Rechts bestehe, genüge das den Anforderungen des EU-Rechts nicht.⁷⁸⁶ Festzustellen wäre danach, ob die Nichtgeltendmachung der Schadensersatzansprüche die Regel darstellte. Problematisch wäre allerdings, dass hier eine Betroffenenengruppe systematisch benachteiligt wird. Es hängt

⁷⁸⁴ Zweifellos hat der Effektivitätsgrundsatz eine objektiv-rechtliche Seite. Dass er daneben aber auch eine subjektiv-rechtliche Seite hat zeigt *König*, S. 52f; ebenso *Kulms*, S. 37ff.

⁷⁸⁵ *Roth*, WRP 2013, 257, 262. Roth bezieht diese Aussage allerdings nur darauf, dass der MSt. nicht verpflichtet sei, Strafschadensersatz einzuführen.

⁷⁸⁶ *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, 1, 11.

nicht vom Zufall ab, ob Schadensersatzforderungen nicht durchgesetzt werden, sondern vom Wissen der Geschädigten und der Größe des erlittenen Schadens. Gegen eine Gesamtschau zur Bestimmung der Erheblichkeit der Erschwerung ist einzuwenden, dass der Effektivitätsgrundsatz sehr wohl eine subjektiv-rechtliche Komponente aufweist, wenn es um die unionsrechtlich geschützten Positionen Einzelner geht.⁷⁸⁷ Der EuGH stellt klar: Wird die Verwirklichung seiner Unionsrechte praktisch unmöglich gemacht, etwa durch eine nationale Frist-⁷⁸⁸ oder Beweislastregelung⁷⁸⁹, kann der Einzelne sich unmittelbar zu seinen Gunsten auf den Effektivitätsgrundsatz berufen.⁷⁹⁰ Weiter ist die Pflicht, eine unionsrechtliche Rechtsposition nicht durch die Anwendung nationalen Rechts praktisch unmöglich zu machen oder wesentlich zu erschweren, ein Teil der Ausführungspflicht (Art. 4 Abs. 3 Ua. 2 EUV) und nicht mit der in Art. 4 Abs. 3 Ua. 3 1. Hs. EUV normierten allgemeinen Förderungspflicht zu verwechseln.⁷⁹¹ Die allgemeine Förderungspflicht knüpft nicht an die Ausführung rechtlich bindender Verpflichtungen an⁷⁹² und hat daher einen objektiv-rechtlichen Gehalt. Bedingt durch die subjektiv-rechtliche Ausrichtung des Effektivitätsgrundsatzes ist der Mitgliedstaat hingegen jedem einzelnen Rechtsinhaber verpflichtet. Eine Globalbetrachtung verbietet sich deshalb. Weiter ist richtig, dass der Effektivitätsgrundsatz nicht immer nur die „volle“ Wirksamkeit fordert, sondern teilweise auch nur als Minimalstandard gilt.⁷⁹³ Besteht die Erfüllung des Effektivitätsgrundsatzes aber in der Gewährung effektiven Rechtsschutzes, so muss durch diesen Rechtsschutz dem Einzelnen möglich sein, unter den bestmöglichen Voraussetzungen seine Rechtsposition gerichtlich geltend zu machen.⁷⁹⁴ In jenem Bereich ist der Mitgliedstaat also jedenfalls zur Best-/Höchstleistung aufgerufen. Abzustellen ist also auf den Einzelfall und nicht die gesamte Gruppe der Kartellgeschädigten. Dies bestätigt sich in der Rechtsprechung des EuGH zur Vereinbarkeit von

⁷⁸⁷ Ausführlich zu den Rechtsprechungslinien der objektiv- und subjektiv-rechtlichen Ausprägung des Effektivitätsgrundsatzes *König*, S. 109ff und 127ff; ebenso *Kulms*, S. 43ff und 109ff.

⁷⁸⁸ C-208/90 – Emmott, Rn. 23.

⁷⁸⁹ EuGH Rs. 199/82 – San Giorgio, Rn. 14.

⁷⁹⁰ Hatje in: Schwarze EU-Kommentar, Artikel 4 EUV, Rn. 26.

⁷⁹¹ Hatje in: Schwarze EU-Kommentar, Art. 4 EUV, Rn. 68.

⁷⁹² Lenz in: *Lenz/Borchardt/Bitterlich* (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar. EUV - AEUV - GRCh, 6. Aufl., Art. 4 EUV, Rn. 10; Hatje in: Schwarze EU-Kommentar, Artikel 4 EUV, Rn. 68.

⁷⁹³ Roth, WRP 2013, 257, 261.

⁷⁹⁴ Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, S. XCIII.

Fristenregelungen mit dem Effektivitätsgrundsatz.⁷⁹⁵ Mag auch die Fristenregelung allgemein nicht zu beanstanden sein, so ist der Effektivitätsgrundsatz aber schon verletzt, wenn im konkreten Fall dem Einzelnen die Rechtsdurchsetzung unmöglich oder erheblich erschwert wird, insbesondere auch, wenn der Betroffene von seinen Rechten nicht rechtzeitig Kenntnis nehmen konnte.⁷⁹⁶ Die erste Teilprüfung schließt somit mit dem Ergebnis, dass der Mitgliedstaat jedem Einzelnen verpflichtet ist und ihn bestmöglich unterstützen muss, wenn die Durchsetzung von Rechtspositionen gefährdet ist.

In der zweiten Teilprüfung ist zu klären, wann diese Verpflichtung greift. Ist es hinreichend und zumutbar, wenn der Einzelne, sei es auch beschwerlich, sich um die Durchsetzung seiner Rechte selbst kümmert, besteht keine Notwendigkeit, den Mitgliedsstaat mittels des Unionsrechts zum Handeln zu zwingen. Was ist dem Einzelnen noch zumutbar, und ab welcher Belastung ist er übermäßig beschwert? Geht man „von einem ungebildeten und wenig engagierten Einzelnen aus, erschweren schon geringe Hindernisse die Rechtsdurchsetzung.“⁷⁹⁷ Anders hingegen, wenn man „einen fähigen, belastbaren, einsatzbereiten und möglicherweise sogar rechtskundigen Einzelnen vor Augen“ hat.⁷⁹⁸ Der EuGH differenziert hinsichtlich der Anforderungen: Während er professionellen Wirtschaftsteilnehmern ein hohes Niveau an Rechtskenntnissen abverlangt und schnelles Handeln erwartet, zeigt sich er sich gegenüber Verbrauchern milder.⁷⁹⁹ Von Verbrauchern werden geringe Rechtskenntnisse erwartet, weshalb ihnen auch längere Fristen zur Rechtsdurchsetzung zugestanden werden.⁸⁰⁰ Allerdings verdient der Verbraucher keinen Schutz durch die Anwendung des Effektivitätsgrundsatzes, wenn er völlig untätig bleibt.⁸⁰¹ Jeder Unionsbürger sei aufgerufen, sich aktiv um den Schutz seiner Rechte zu bemühen und müsse hierfür sogar bereit sein, erschwerte Wege zu beschreiten, etwa durch inzidente Geltendmachung seiner Unionsrechte.⁸⁰² Trotz einer Verpflichtung zum aktiven Bemühen um die Durchsetzung seiner Unionsrechte kann vom Verbraucher meines Erachtens aber

⁷⁹⁵ Ausführlich *König*, S. 187ff.

⁷⁹⁶ *König*, S. 195, 198.

⁷⁹⁷ *Kulms*, S. 96.

⁷⁹⁸ *Kulms*, S. 96.

⁷⁹⁹ *Kulms*, S. 100f.

⁸⁰⁰ *Kulms*, S. 101f.

⁸⁰¹ C-40/08 – *Asturcom*, Rn. 47.

⁸⁰² Dies schließt aus der Rechtsprechung des EuGH *Kulms*, S. 98ff.

nicht erwartet werden, dass er regelmäßig und ins Blaue hinein Nachforschungen anstellt, ob er nicht Opfer kartellrechtswidrigen Verhaltens geworden ist und dann Rechtsdurchsetzungskosten (Rechercheaufwand, Anwaltshonorare und Gerichtsgebühren) auf sich nimmt, die in keinem Verhältnis zum erwarteten Schadensersatz stehen. Der rational Desinteressierte ist nämlich kein fauler, indifferenter Geschädigter, sondern jemand, der sehr wohl ein Interesse an Schadenskompensation hat und durchaus bereit ist, seine Rechts zu verfolgen, aber aus der vernünftigen Abwägung zwischen Rechtsverfolgungskosten und Schadensersatzhöhe heraus sich gegen einen Prozess entscheidet. Ihm kann kein persönlicher Vorwurf gemacht werden, weshalb ihm auch nicht der Schutz mittels des Effektivitätsgrundsatzes verwehrt werden darf. Dies lässt sich mit den Urteilen des EuGH in den Rs. Océano Grupo und Cofidis stützen. Der EuGH erkennt die nicht zu unterschätzende Gefahr, dass Verbraucher ihre Rechte nicht kennen oder Schwierigkeiten haben, sie auszuüben.⁸⁰³ Zudem bestehe die Gefahr, dass Verbraucher von einer Rechtsdurchsetzung insgesamt absehen, wenn die Anwaltsgebühren den Streitwert überstiegen.⁸⁰⁴ In den Rs. Océano Grupo und Cofidis kam der EuGH deshalb zu dem Schluss, dass dem mitgliedstaatlichen Gericht möglich sein muss, AGB-Klauseln von Amts wegen auf Missbrauch zu prüfen. Im Falle eines Verbrauchers mit geringen eigenen Rechtskenntnissen, der auf Grund des im Vergleich zu drohenden Kosten niedrigen Streitwerts von einer Rechtsverfolgung absieht, ist also der Mitgliedstaat aufgerufen, die Durchsetzung der Rechtsposition des Einzelnen zu unterstützen. Vom Einzelnen kann nicht verlangt werden, trotz eines Missverhältnisses von drohenden Kosten und Streitwert, seine Rechtspositionen auf eigenes Betreiben und auf beschwerlichen Wegen durchzusetzen. Eine Durchsetzung des Schadensersatzanspruches „koste es, was es wolle“, ist ihm nicht zumutbar. Auf die alleinige rechtliche Möglichkeit der Rechtsdurchsetzbarkeit kann nicht abgestellt werden. Bei der Beurteilung der Frage ob die volle, praktische Wirksamkeit gewährleistet ist, kommt es aber gerade auch auf die tatsächlichen Umstände an.⁸⁰⁵ Deshalb wird durch das Fehlen eines eigenständigen Informationsanspruches für den Rechtsanwalt die Durchsetzung der Schadensersatzansprüche des Unwissenden und des Betroffenen von Streuschäden wesentlich erschwert. Dies gilt umso mehr, als der Effektivitätsgrundsatz umso strenger angewendet wird, je größer das Interesse an

⁸⁰³ C-240/98 – Océano Grupo, Rn. 26; C-473/00 – Cofidis, Rn. 33.

⁸⁰⁴ C-240/98 – Océano Grupo, Rn. 26.

⁸⁰⁵ *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, 1, 11.

der Durchsetzung des Unionsrechts ist.⁸⁰⁶ Wegen seiner hohen Relevanz für den Binnenmarkt und seiner festen Verankerung seit Anbeginn in den Europäischen Verträgen, besteht ein besonderes Durchsetzungsinteresse an den kartellrechtlichen Vorschriften,⁸⁰⁷ wozu auch das Unionsrecht auf Schadensersatz gezählt werden muss. Im Ergebnis wäre der Effektivitätsgrundsatz mit Blick auf den unionsrechtlichen Schadensersatzanspruch verletzt, wenn es keinen eigenständigen Informationsanspruch für den Rechtsanwalt gegen die Kartellbehörden gäbe.

Wie im Rahmen der Prüfung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz kann das gefundene Ergebnis über einen Vergleich mit den Schlussfolgerungen auf Grund des Effektivitätsgrundsatzes für die Einführung von kollektiven Rechtsschutzverfahren gestützt werden. Wichtig ist zunächst zu verstehen, dass die Einführung von kollektiven Rechtsschutzmöglichkeiten einen Effizienzgewinn für die private Kartellrechtsdurchsetzung, etwa in Form geringerer Prozesskosten für den Einzelnen und der Entlastung der Gerichte, mit sich bringt. Die Effektivität der privaten Kartellrechtsdurchsetzung wird jedoch nur gesteigert, wenn mit Hilfe kollektiver Rechtsschutzformen auch diejenigen ihre Schadensersatzansprüche geltend machen können, die es alleine nicht getan hätten.⁸⁰⁸

Zwar wollen einige keine Pflicht der Mitgliedstaaten zur Einführung kollektiver Rechtsschutzverfahren erkennen, obwohl sie diese als entscheidende Voraussetzung für die Überwindung des rationalen Desinteresses ansehen. Dies geschieht aus dem Grund, dass sie fälschlicherweise annehmen, aus dem Effektivitätsgrundsatz lassen sich keine positiven Handlungspflichten für die Mitgliedstaaten ableiten.⁸⁰⁹ Engt man den Effektivitätsgrundsatz nicht auf eine bloße Unterlassungspflicht ein, muss man zu dem Schluss kommen, dass neben dem Recht auf effektiven Rechtsschutz auch der Effektivitätsgrundsatz einen erleichterten Zugang zu Gericht erfordere.⁸¹⁰ Dies könne am ehesten durch Kollektivklagemechanismen geschehen.⁸¹¹ Selbst wenn man es auf Grund der Dispositionsmaxime grundsätzlich für hinnehmbar hält, wenn wegen fehlender Möglichkeiten, Schäden gebündelt geltend zu machen, die Effektivität der

⁸⁰⁶ *Kulms*, S. 125.

⁸⁰⁷ *Kulms*, S. 127.

⁸⁰⁸ *Bernhard*, S. 30f.

⁸⁰⁹ *Kruß*, S. 214ff.

⁸¹⁰ *Bernhard*, S. 226.

⁸¹¹ *Bernhard*, S. 226.

Rechtspflege nicht gewährleistet ist, so verlangt das Bedürfnis nach Effektivität der Rechtspflege die Einführung von Kollektivklagemechanismen jedenfalls deshalb, weil ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Korrektur des durch die Streuschäden entstandenen Steuerungsdefizites des Haftungsrechts besteht.⁸¹²

c) Anwendung des Effektivitätsgrundsatzes mit Blick auf Artt. 101 und 102 AEUV

Nach Analyse der Rechtsprechung zum Effektivitätsgrundsatz stellt *Kulms* fest, dass der EuGH regelmäßig auf die konkrete Rechtsposition abstellt, wenn mehrere Unionsrechtsnormen oder unionsrechtlich vermittelten Rechtspositionen zur Auswahl stehen.⁸¹³ In unserem Fall ist das Recht auf Schadensersatz die dem Geschädigten nähere Rechtsposition. Die Tendenz des EuGH soll uns aber nicht davon abhalten, die Vereinbarkeit der Durchsetzungssituation von Artt. 101 und 102 AEUV mit dem Effektivitätsgrundsatz einer Prüfung zu unterziehen.

Der EuGH hält die Existenz eines Schadensersatzanspruches auch für nötig, um die praktische und volle Wirksamkeit von Artt. 101 und 102 AEUV zu garantieren.⁸¹⁴

Damit stellt er gleichsam fest, dass die behördliche Durchsetzung in ihrer aktuellen Form nicht ausreicht, die praktische und volle Wirksamkeit von Artt. 101 und 102 AEUV zu sichern. An der Durchsetzung von Artt. 101 und 102 AEUV besteht aber ein herausragendes Interesse.⁸¹⁵ Voll wirksam sind die unionsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften, wenn begangene Verstöße geahndet werden, aber auch dann – und das ist entscheidender – wenn Verstöße verhindert werden (Prävention). Eine funktionierende private Kartellrechtsdurchsetzung kann auch entscheidend zur Prävention beitragen,⁸¹⁶ und sichert so die Wirksamkeit von Artt. 101 und 102 AEUV. Das Schadensersatzrecht kann aber nur wirkungsvoll seine Steuerungs- und Abschreckungsfunktion entfalten, wenn die Schadensersatzansprüche in großem Maße durchgesetzt werden, also keine – auch nicht faktische – Hindernisse bestehen.⁸¹⁷ Ein ineffizientes Schadensersatzrecht führt zu wohlfahrtsökonomischen Einbußen und wird seiner präventiven Aufgabe nicht gerecht.⁸¹⁸ Wenn die Sanktionierung von unionsrechts-

⁸¹² *Burckhardt*, S. 120.

⁸¹³ *Kulms*, S. 149.

⁸¹⁴ C-453/99 – *Courage*, Rn. 26f.

⁸¹⁵ *Kulms*, S. 127.

⁸¹⁶ Ausführlich hierzu *Vogel*, S. 89ff; allgemein zur Prävention als Maxime des Haftungsrechts *Burckhardt*, S. 86ff; auch in anderen Rechtsbereichen kann Schadensersatzrecht, sofern es richtig angewendet wird, Steuerungswirkung entfalten, siehe z.B. *Schwintowski*, *VuR* 2011, 117, 118.

⁸¹⁷ *Sauerland*, S. 49.

⁸¹⁸ *Sauerland*, S. 60.

widrigem Verhalten mittels des Privatrechts erfolgt, muss die Sanktion wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.⁸¹⁹ Da ein eigenständiger Informationsanspruch des Rechtsanwalts die private Kartellrechtsdurchsetzung wirksamer gestalten würde, muss man den Schluss ziehen, der Effektivitätsgrundsatz verlange auch in Hinblick auf die Wirksamkeit von Artt. 101 und 102 AEUV nach einem eigenständigen Informationsanspruch des Rechtsanwalts. Oder man hielte eine Vorteilsabschöpfung, wie in den §§ 34 und 34a GWB geregelt, für abschreckend genug. Weiter lässt sich grundsätzlich auch eine Abschreckungswirkung mit Hilfe von Strafschadensersatz erzielen. Anerkannt ist, dass die Anreize zur Schadensvermeidung im Falle der Verpflichtung zur Totalreparation am größten sind.⁸²⁰ Totalreparation bedeutet aber nicht zwingend, dass jeder Geschädigte entschädigt wird, sondern nur, dass der Schädiger vollen Ausgleich für den Gesamtschaden zu leisten hat.⁸²¹ Geht man davon aus, dass nur ein Bruchteil der Geschädigten ihren Anspruch geltend machen, kann man deren Anspruchshöhe mit einem Faktor derart multiplizieren, dass in der Summe der gesamte Schaden kompensiert wird.⁸²² Ist beispielsweise davon auszugehen, dass nur ein Drittel der Geschädigten ihren Anspruch auch durchsetzen, spricht man ihnen den dreifachen Schadensersatz zu. Im Kartellrecht eignet sich diese Methode aus einer Vielzahl von Gründen jedoch nicht: Zum einen ist es schwierig, den Anteil der Klagewilligen an allen Geschädigten und dementsprechend den richtigen Faktor zu bestimmen. Es kann daher zu Unter- oder Überkompensation kommen, die jeweils falsche Anreize für die Schadensvermeidung setzen. Zum anderen steigen mit der Multiplikation des Schadens nicht nur die Klageanreize, sondern auch das Kostenrisiko einer Schadensersatzklage.⁸²³

Dem könnte entgegengehalten werden, dass die volle Wirksamkeit von Artt. 101 und 102 AEUV an sich nicht zwingend vom Informationsanspruch des Rechtsanwalts abhängt. Der Wirksamkeit von Artt. 101 und 102 AEUV wäre wohl auch genüge getan, wenn unter dem Ausschluss des Einwandes der Schadensverlagerung/-überwälzung nur direkte Abnehmer anspruchsberechtigt wären. Die direkten Abnehmer könnten dann den gesamten Schaden einfordern. Ein solches System schützt die praktische

⁸¹⁹ *Wagner*, AcP 2006, 352, 413.

⁸²⁰ *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 691.

⁸²¹ Hingegen geht es bei der Kompensation um die Entschädigung des Einzelnen *Fiedler*, S. 27f.

⁸²² Ausführlich zum Multiplikationsprinzip *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 691ff.

⁸²³ *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 692f.

und volle Wirksamkeit von Artt. 101 und 102 AEUV genauso,⁸²⁴ denn die Abschreckungswirkung für die Kartellanten ist auf Grund der gleichbleibenden Schadensersatzsumme genauso hoch. Die Abschreckungswirkung und damit die gesicherte Wirksamkeit von Artt. 101 und 102 AEUV wäre sogar im Vergleich zu derzeitigen Lage höher, wenn man davon ausgeht, dass in der Summe mehr Schadensersatz eingeklagt wird, weil das Problem der Streu- und Kleinstschäden nicht auftritt.

Da die Anerkennung und Ausgestaltung des Schadensersatzanspruchs sich jedoch nicht nur mittels der Wirksamkeit von Artt. 101 und 102 AEUV rechtfertigt,⁸²⁵ sondern auch das Recht des Unionsbürgers auf Schadenswiedergutmachung verkörpert,⁸²⁶ konnten die indirekten Abnehmer nicht von der Anspruchsberechtigung ausgeschlossen werden.⁸²⁷ Anspruchsberechtigt ist mithin jedermann, wenn zwischen dem ihm entstandenen Schaden und einem nach Art. 101 AEUV verbotenen Kartell oder Verhalten ein ursächlicher Zusammenhang besteht.⁸²⁸ Da unter Anerkennung einer Anspruchsberechtigung jedermanns nur dann ausreichend Abschreckungswirkung erzielt wird, wenn auch alle den tatsächlichen Umständen nach die Möglichkeit haben, ihren Schaden geltend machen zu können, also im Einzelfall auch die Möglichkeit besteht, dass der Schädiger den Großteil des Schadens wirklich kompensieren muss, sind Artt. 101 und 102 AEUV nur dann voll wirksam, wenn es einen eigenständigen Informationsanspruch des Rechtsanwalts gibt. Daher verletzt es auch den Effektivitätsgrundsatz im Hinblick auf die Wirksamkeit von Artt. 101 und 102 AEUV, wenn der Mitgliedstaat dem unmandatierten Rechtsanwalt keinen Informationsanspruch gegen die Kartellbehörden zugesteht.

d) Verletzung staatlicher Schutzpflichten

Im Zusammenhang mit Art. 4 Abs. 3 EUV kann noch ein dritter Ansatz verfolgt werden. Behaupten könnte man, die Nichtgewährung eines Informationsanspruchs sei als Unterlassen die Verletzung einer mitgliedstaatlichen Schutzpflicht. Allerdings verspricht dieser Ansatz kaum neue Erkenntnisse, denn – unabhängig von der Frage, ob

⁸²⁴ Ausführlich zur fehlenden Eindeutigkeit des Effektivitätsargumentes *Meeßen*, S. 297ff.

⁸²⁵ "Die Kompensation muss nicht hinter der Abschreckung zurückstehen" schreibt *Kruß*, S. 170.

⁸²⁶ Siehe oben § 4 II 4 c) (ii).

⁸²⁷ a.A. mit Hinweis auf die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers *Meeßen*, S. 300f.

⁸²⁸ C-295/04 – Manfredi, Rn. 61.

es überhaupt Bezug auf Art. 4 Abs. 3 EUV nimmt⁸²⁹ – läuft das grundfreiheitliche Schutzpflichtkonzept bei Sekundärpflichten auf eine Anwendung des Effektivitätsgrundsatzes hinaus. Davon abgesehen sprechen gewichtige Argumente gegen eine Anwendung des grundfreiheitlichen Schutzpflichtkonzeptes im europäischen Kartellrecht.

Das Konzept der Schutzpflichten wurde vom EuGH erstmals für die Warenverkehrsfreiheit, Art. 34 AEUV, angewendet.⁸³⁰ Eine Vereinigung französischer Bauern griff mit Störaktionen unterschiedlicher Art in den von Spanien, Belgien, Italien und Dänemark kommenden grenzüberschreitenden Warenverkehr (Obst- und Gemüseimporte) ein. Der Mitgliedstaat trug nicht aktiv zur Beeinträchtigung durch die Privaten bei, ließ sie aber gewähren.⁸³¹ Da die Warenverkehrsfreiheit, wie auch die anderen Grundfreiheiten, für den Binnenmarkt unabdingbar ist,⁸³² ist der Mitgliedstaat verpflichtet, Beeinträchtigungen durch Private zu unterbinden.⁸³³ Ein Unterlassen seitens des Mitgliedsstaates ist somit ein Verstoß gegen die europäischen Verträge.⁸³⁴ Nun könnte man versuchen, dieses Konzept auf die dieser Arbeit zu Grunde liegende Fragestellung anzuwenden. Private verletzen das Recht auf Freiheit vor wettbewerbswidriger Beeinträchtigung,⁸³⁵ der Mitgliedstaat unterlässt die Bereitstellung von zur Schadensregulierung ausreichenden Informationsansprüchen und verletzt somit seine Schutzpflicht gegenüber den Kartellgeschädigten. Hiergegen ließe sich einwenden, der Mitgliedstaat habe seiner Pflicht, einzuschreiten, genüge getan, indem er Kartelle und Markbeherrschungsmissbräuche unter Strafe stellt und diese ausreichend behördlich verfolgt. Ähnlich wie beim Auflösen einer Blockade, welche die Warenverkehrsfreiheit beeinträchtigt, schreitet der Mitgliedstaat ein. Über diese primäre Pflicht, die Beeinträchtigung an sich zu beenden, geht im Rahmen der Grundfreiheiten die Schutzpflicht aber weiter. Der Mitgliedstaat steht sekundär auch in der Pflicht, den Geschädigten privatrechtliche Ansprüche gegen die Schädiger zu bieten, um die

⁸²⁹ Nach ausführlicher Diskussion (S. 55ff.) ablehnend *Höfchen*, Schutzpflichten zugunsten der Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts, S. 60, 85, 111; ebenfalls nach Diskussion (S. 99ff.) ablehnend *Hoppe*, Staatshaftung und Rechtsschutz bei Verletzung grundfreiheitlicher Schutzpflichten, S. 106.

⁸³⁰ C-265/95 – Kommission/Frankreich.

⁸³¹ Zum Sachverhalt C-265/95 – Kommission/Frankreich, Rn. 1-13.

⁸³² C-265/95 – Kommission/Frankreich, Rn. 30.

⁸³³ C-265/95 – Kommission/Frankreich, Rn. 32.

⁸³⁴ C-265/95 – Kommission/Frankreich, Rn. 66.

⁸³⁵ Zu Begründung dieses Rechts siehe oben § 4 II 4 d) (i).

erlittene Beeinträchtigung zu kompensieren.⁸³⁶ Ebenso müsste dann im Kartellrecht der Mitgliedstaat zur Schaffung eines Schadensersatzanspruches verpflichtet sein. Zu weit ginge jedoch die Forderung, auf Grund seiner Schutzpflicht sei der Mitgliedstaat auch verpflichtet, Informationsansprüche für Geschädigte und unmandatierte Rechtsanwälte zu schaffen. Diese sind Instrumente zur Ausgestaltung des Sekundäranspruchs. Sie knüpfen selbst, anders als das Kartellbußgeldverfahren oder der Schadensersatzanspruch, nicht an die Verletzungshandlung des Privaten an. Sie können daher nicht als selbstständiger „Tertiäranspruch“ klassifiziert werden. Sie beziehen sich allein auf den Schadensersatzanspruch und dienen dessen effektiver Durchsetzung. Die Frage, ob es Informationsansprüche geben muss und wie diese ausgestaltet sein müssen, ist also eine Frage der Effektivität des Schadensersatzanspruches.⁸³⁷ Daher ergäben sich aus einer Übertragung des Schutzpflichtkonzeptes keine neuen Erkenntnisse für die Informationsansprüche. Darüber hinaus bestehen grundlegende Zweifel, ob das grundfreiheitliche Schutzpflichtkonzept Anwendung im Kartellrecht finden kann. Hiergegen spricht zum einen, dass es für das Kartellrecht schon eine eigene Dogmatik mit Rückgriff auf Art. 4 Abs. 3 EUV gibt. Art. 4 Abs. 3 EUV ist hierbei verletzt, „wenn ein Mitgliedstaat gegen Artikel (101 AEUV) verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt, erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt oder wenn er der eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt.“⁸³⁸ Eine Verstärkung wird angenommen, wenn die mitgliedstaatliche „Regelung sich darauf beschränkt, die Elemente der zwischen Wirtschaftsteilnehmern geschlossenen Vereinbarungen ganz oder teilweise zu übernehmen, und diese Wirtschaftsteilnehmer zu deren Einhaltung verpflichtet oder anreizt.“⁸³⁹ Diese, durch die EuGH-Rechtsprechung gefestigte Dogmatik knüpft ausschließlich an aktives Verhalten, ein Handeln des Mitgliedstaates an (vorschreiben, erleichtern, verstärken, übertragen, verpflichten, anreizen). Dies lässt zweifeln, ob daneben die auf Unterlassen abstellende Schutzpflichtdogmatik Anwendung finden kann. Wegen dieser grundlegenden Unterscheidung bezeichnet Generalanwalt Lenz

⁸³⁶ Hoppe, S. 215. Hoppe möchte zwar für den Einzelfall entschieden wissen, ob die Zuerkennung der Rechtsfolge Schadensersatz geboten ist. Grundsätzlich hält er Schadensersatzansprüche durch die grundfreiheitliche Schutzpflicht aber für geboten.

⁸³⁷ Hierzu oben § 3 II 2 und § 4 II 5.

⁸³⁸ C-267/86 – Van Eycke, Rn. 16.

⁸³⁹ C-267/86 – Van Eycke, Rn. 18.

in seinen Schlussanträgen zum oben beschriebenen Fall Kommission/Frankreich die beiden Konstellationen – ein Mitgliedstaat fördert Wettbewerbsverzerrungen vs. ein Mitgliedsstaat unterlässt Maßnahmen zum Schutze der Grundfreiheiten – als „Spiegelbild“ und „Gegenstück.“⁸⁴⁰ Damit wird deutlich, dass es Unterschiede gibt.⁸⁴¹ Zum anderen scheinen Grundfreiheiten und die Freiheit vor wettbewerbswidriger Beeinträchtigung durch Kartelle oder Marktbeherrschungsmissbräuche nicht ausreichend vergleichbar. Zwar sind alle individualschützend,⁸⁴² unmittelbar anwendbar und im Gefüge der Europäischen Verträge von zentraler Bedeutung. Jedoch richten sich die Grundfreiheiten an den Mitgliedstaat. Erst über die Figur des pflichtwidrigen Unterlassens werden Beeinträchtigungen gegen Private relevant. Hingegen richtet sich das Kartellverbot unmittelbar an Private. Auch dies lässt erhebliche Zweifel an einer Übertragbarkeit der Schutzpflichtkonzeption aufkommen. Mangels Anwendbarkeit, jedenfalls aber wegen fehlender neuer Ansatzpunkte sind die Überlegungen, das Schutzpflichtkonzept zu übertragen, nicht fruchtbar.

e) Folgen einer Verletzung des Effektivitätsgrundsatzes

Das Nichtbestehen eines eigenständigen Informationsanspruchs des Rechtsanwalts verletzt den Effektivitätsgrundsatz mit Hinblick auf das Unionsrecht auf Schadenersatz des Kartellgeschädigten und die Artt. 101 und 102 AEUV gleichermaßen. Gerechtfertigt ist der Verstoß nicht. Ein Verstoß gegen das Effektivitätsgebot kann zwar durch grundlegende unionsrechtliche oder national-rechtliche Prinzipien gerechtfertigt werden.⁸⁴³ Zum Beispiel spielt das Prinzip der Rechtssicherheit eine Rolle bei der Beurteilung einer Frist im nationalen Prozessrecht.⁸⁴⁴ Grundlegende Prinzipien, welche die Nichtgewährung eines eigenständigen Informationsanspruchs des Rechtsanwalts rechtfertigen könnten, sind aber nicht ersichtlich. Entgegenstehende Interessen, wie etwa der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und der Schutz des Zwecks behördlicher Untersuchungs- und Verfolgungstätigkeit, können in angemessener Weise bei der Ausgestaltung des Anspruchs berücksichtigt werden. Was folgt nun aber aus der Feststellung, der Effektivitätsgrundsatz sei verletzt? Die Einwirkungen auf das mitgliedstaatliche Recht auf Grundlage des Effektivitätsgrund-

⁸⁴⁰ Schlussanträge des Generalanwalts Lenz in C-265/95 – Kommission/Frankreich, Rn. 42.

⁸⁴¹ Hoppe, S. 105.

⁸⁴² Beckerin: Schwarze EU-Kommentar, Artikel 34 AEUV, Rn. 5.

⁸⁴³ Jarass/Beljin, NVwZ 2004, 1, 10.

⁸⁴⁴ C-33/76 – Rewe, Rn. 5.

satzes sind vielfältig. Die vom EuGH angewendeten Rechtsfolgen reichen von der Anordnung der Unanwendbarkeit mitgliedstaatlichen Rechts über abstrakte Zielvorgaben bis hin zu konkreten Vorgaben für die Ausgestaltung des mitgliedstaatlichen Rechts.⁸⁴⁵ Der Grad der Einwirkungsintensität hängt nicht eindeutig davon ab, ob der Effektivitätsgrundsatz in seiner objektiv- oder subjektiv-rechtlichen Ausprägung angewendet wurde.⁸⁴⁶ Besteht die Verletzung des Effektivitätsgrundsatzes in einer nationalen Regelung, so muss diese, wenn möglich, unionsrechtskonform ausgelegt werden; ansonsten darf sie nicht angewendet werden.⁸⁴⁷ Jene Rechtsfolgen waren bereits Gegenstand der EuGH-Rechtsprechung.⁸⁴⁸ Soweit ersichtlich ist noch nicht geklärt, welche Rechtsfolge ein Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz durch das Fehlen nationaler Vorschriften zeitigt. So wie der Gesetzgeber in jenem Fall, in dem eine nationale Regelung wegen ihrer Unvereinbarkeit mit dem Effektivitätsgrundsatz nicht mehr angewendet werden darf, aufgefordert ist, eine Neuregelung zu schaffen,⁸⁴⁹ ist er im Falle des Fehlens zur (Erst-)Regelung verpflichtet. Fraglich ist aber, was bis zur Neuregelung gilt. Da keine zwingenden Gründe ersichtlich sind, warum der unionsrechtswidrige Zustand übergangsweise beizubehalten ist, ist auch vor Regelung durch den nationalen Gesetzgeber die Unionsrechtskonformität herzustellen. In unserem Fall bieten sich zwei Möglichkeiten an: Zum einen könnte die unionsrechtliche Regelung, nach der auch Rechtsanwälte einen Informationsanspruch haben, Art. 2 Abs. 1 VO Nr. 1049/2001 (EG) (TransparenzVO) entsprechend angewendet werden. Zum anderen könnten nationale Vorschriften, etwa § 406e StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, Abs. 3 Satz 4 OWiG (Akteneinsichtsrecht für Verletzte) oder § 475 StPO i.V.m. § 49b OWiG (Auskunftsanspruch für Dritte) derart erweiternd ausgelegt werden, dass auch Rechtsanwälte ein den Verletzten gleichwertiges Akteneinsichtsrecht erhalten. Letztere Option ist vorzuziehen. Erstens wird es deutschen Behörden und Gerichten leichter fallen, deutsches Recht und nicht eine EU-Verordnung auszulegen,⁸⁵⁰ zweitens sind die Regelungen der StPO fachnäher (bußgeldverfahrensrechtlicher statt allgemeiner Anspruch dank Transparenzgebot), und drittens lassen sich

⁸⁴⁵ Zusammenfassend *König*, S. 83.

⁸⁴⁶ *König*, S. 218ff.

⁸⁴⁷ *Kulms*, S. 171.

⁸⁴⁸ *Kulms*, S. 171f mwN.

⁸⁴⁹ *Kulms*, S. 173.

⁸⁵⁰ Dies soll nicht bedeuten, dass mitgliedstaatliche Stellen nicht kompetent wären, EU-Recht auszulegen. Mitgliedstaatliche Behörden und Gerichte sind zur Anwendung und damit auch zur Auslegung des EU-Rechts verpflichtet.

Folgefragen (Verwendung und Schutz der erlangten Informationen, Kostentragung etc.) kohärenter beantworten.

Wie eingangs erwähnt, treffen auf Grund des Gebotes zur loyalen Zusammenarbeit, Art. 4 Abs. 3 Ua. 1 EUV, die Verpflichtungen im gleichen Ausmaße auch die Union. Die Unionsorgane haben die TransparenzVO so auszulegen, dass einem Rechtsanwalt ein eigenständiger Informationsanspruch in Kartellbußgeldverfahren der Kommission zusteht.

6. Artikel 16 EGRC – Unternehmerische Freiheit

Zunächst möglich erscheint auch die Ableitung eines eigenständigen Informationsanspruchs für den Rechtsanwalt aus seiner unternehmerischen Freiheit, die durch Art. 16 EGRC geschützt wird.

Die Frage, ob sich aus der unternehmerischen Freiheit des Europarechts, wie sie in Art. 16 EGRC verbürgt ist, ein verfassungsunmittelbarer Informationsanspruch ableiten lässt, warf *Nowak*⁸⁵¹ im Nachgang eines Urteils des BVerwG auf, welches für das deutsche Recht feststellte, dass Art. 12 GG es einer Behörde gebieten könne, bereits im Vorfeld eines Verwaltungsverfahrens und damit unabhängig von einer verwaltungsverfahrenrechtlichen Beteiligtenstellung einem potenziellen Verfahrensbeteiligten Informationen zur Verfügung zu stellen, welcher dieser bedarf, um sachgerecht die Frage prüfen und entscheiden zu können, ob und in welchem Umfang er sich um eine behördliche Genehmigung bewerbe.⁸⁵²

Im Verfahren vor dem BVerwG ging es um einen potentiellen Beteiligten des späteren Verwaltungsverfahrens (ein Verkehrsanbieter strebte eine Bewerbung um Konzessionen für verschiedene Buslinien an). Ein Rechtsanwalt, der Akteneinsicht bei den Kartellbehörden begehrt, tut dies nicht, um Vor- und Nachteile einer Beteiligung am Verfahren auszuloten und ist somit nicht potentieller Verfahrensbeteiligter. Zudem könnte man meinen, seit Erlass der TransparenzVO und dem Eintritt der Rechtsverbindlichkeit von Art. 42 EGRC (Recht auf Zugang zu Dokumenten) bestehe zumindest auf EU-Ebene kein Bedürfnis mehr für die Herleitung eines verfassungsunmittelbaren

⁸⁵¹ Nowak in: Heselhaus/Baldus/Nowak Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 31, Rn. 36ff.

⁸⁵² BVerwG Urteil vom 2.7.2003, 3 C 46/02 = BVerwG NVwZ 2003, 1114 (Leitsatz).

Informationsanspruchs aus der unternehmerischen Freiheit.⁸⁵³ Dennoch lohnt es sich, den Gedanken *Nowaks* auch trotz der unterschiedlichen Ausgangslage und nach diesen Änderungen weiterzuverfolgen. Die Existenz allgemeiner Dokumentenzugangsregeln schließt einen Informationsanspruch auf Grundlage anderer Grundrechte nicht aus. Diese wären auch nicht deckungsgleich. Spätestens im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ergäben sich Unterschiede. Auf der einen Seite stehen sich beim Dokumentenzugangsanspruch für jedermann das Transparenzprinzip und die Rechte anderer gegenüber, z.B. das Recht von Unternehmen, „bestimmte potenziell sensible Daten geheim zu halten.“⁸⁵⁴ Auf der anderen Seite wäre bei einem Anspruch auf Grundlage von Art. 16 EGRC die unternehmerische Freiheit mit den Rechten anderer abzuwägen.

Zu untersuchen ist also, ob sich ein eigenständiger Informationsanspruch für den Rechtsanwalt aus seiner unternehmerischen Freiheit, Art. 16 EGRC ableiten lässt. Dort heißt es: „Die unternehmerische Freiheit wird nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt.“ Abzugrenzen ist die unternehmerische Freiheit zunächst von der Berufsfreiheit. Art. 15 Abs. 1 EGRC lautet: „Jede Person hat das Recht zu arbeiten und einen frei gewählten oder angenommenen Beruf auszuüben.“ Überschneiden sich unternehmerische Freiheit und Berufsfreiheit auch in nicht unerheblichem Umfang, so handelt es sich doch um zwei eigenständige Grundrechte.⁸⁵⁵ Als *lex specialis* verdrängt die unternehmerische Freiheit die Berufsfreiheit, sodass der Berufsfreiheit, Art. 15 Abs. 1 EGRC nur mehr Bedeutung für Arbeitnehmer zukommt, während die unternehmerische Freiheit für die selbstständige Betätigung Anwendung findet.⁸⁵⁶ Da Träger der unternehmerischen Freiheit auch alle natürliche Personen sind⁸⁵⁷ und unter den Begriff der selbst-

⁸⁵³ So zweifelt selbst Nowak in: Heselhaus/Baldus/Nowak Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 31, Rn. 37; zustimmend *Frenz*, Kapitel 9, § 2, Rn. 2723.

⁸⁵⁴ C-435/02 – Springer, Rn. 49.

⁸⁵⁵ *Jarass*, Art. 16, Rn. 4f; a.A. Nowak in: Heselhaus/Baldus/Nowak Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 30, Rn. 58, § 31, Rn. 2. Nowak hält die unternehmerische Freiheit für eine spezielle Teilgewährleistung der Berufsfreiheit. Diese Ansicht bezieht sich allerdings auf die Rechtslage, bevor die EGRC rechtsverbindlich wurde.

⁸⁵⁶ Ruffert in: Callies/Ruffert EUV/AEUV, Art. 16 GRCh, Rn. 1; *Jarass*, Art. 15, Rn. 2, 4, Art. 16, Rn. 7.

⁸⁵⁷ *Jarass*, Art. 16, Rn. 10.

ständigen Tätigkeit auch die freiberufliche Tätigkeit fällt,⁸⁵⁸ ist Art. 16 EGRC für den Rechtsanwalt einschlägig.

Der Schutz von Art. 16 EGRC „umfasst die Freiheit, eine Wirtschafts- und Geschäftstätigkeit auszuüben, die Vertragsfreiheit und den freien Wettbewerb.“⁸⁵⁹ Der Verweis in Art. 16 EGRC auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten begrenzt weder den Schutzbereich,⁸⁶⁰ noch erweitert er im Vergleich zur Berufsfreiheit, Art. 15 Abs. 1 EGRC, den Spielraum für Einschränkungen.⁸⁶¹ Die unternehmerische Freiheit umfasst auch die Werbefreiheit, d.h. die Freiheit der Wirtschaftswerbung.⁸⁶² Auch dem Rechtsanwalt steht somit grundsätzlich Werbefreiheit zu. Es ließe sich argumentieren, zur Werbefreiheit müsse auch die Freiheit zählen, potentielle Mandanten ausfindig machen zu können. Die Werbefreiheit würde also nicht nur die Freiheit umfassen, Werbebotschaften an die Allgemeinheit auszusenden, sondern auch die Möglichkeit, zunächst Mitglieder seiner Zielgruppe zu bestimmen. Dieser Gedanke könnte eine Stütze im o.g. Urteil des BVerwG finden, wo es heißt, der Konzessionsbewerber „darf [...] nicht gezwungen sein, sich gewissermaßen blind auf sämtliche überhaupt denkbaren Linien zu bewerben, weil (...) ein ernsthafter und ernst zu nehmender Antrag umfangreiche, unter Umständen erhebliche Kosten verursachende Vorüberlegungen in finanzieller, sächlicher und personeller Hinsicht (bezogen vor allem auf die zu erwartende Rentabilität) voraussetzt.“⁸⁶³ Ebenso aufwendig, wenn nicht sogar unmöglich, ist es für einen Rechtsanwalt, ohne Akteneinsicht Kartellgeschädigte ausfindig zu machen. So ließe sich argumentieren, das Suchen nach Mandanten und Mandaten in den Kartellamtsakten sei vom Schutzbereich der unternehmerischen Freiheit umfasst. Allerdings war es im Fall des Linienvkehrsbetriebes ohne Konzession gar nicht möglich, den Markt zu betreten. Die behördliche Erteilung der Konzession war also notwendige Voraussetzung für den Geschäftsbetrieb. Ein Rechtsanwalt hingegen erhält auch Aufträge durch Mandanten, die

⁸⁵⁸ *Jarass*, Art. 16, Rn. 8; Ruffert in: Callies/Ruffert EUV/AEUV, Art. 16 GRCh, Rn. 1; *Frenz*, Kapitel 9, § 2, Rn. 2686; Bernsdorff in: NomosKommentar Grundrechtecharta, Artikel 16, Rn. 16.

⁸⁵⁹ C-283/11 – Sky Österreich, Rn. 42.

⁸⁶⁰ *Jarass*, Art. 16, Rn. 18; Bernsdorff in: NomosKommentar Grundrechtecharta, Artikel 16, Rn. 10.

⁸⁶¹ Bernsdorff in: NomosKommentar Grundrechtecharta, Artikel 16, Rn. 10; *Frenz*, Kapitel 9, § 2, Rn. 2668f; a.A. *Jarass*, Art. 16, Rn. 28.

⁸⁶² Nowak in: Heselhaus/Baldus/Nowak Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 31, Rn. 31; *Frenz*, Kapitel 9, § 2, Rn. 2718.

⁸⁶³ BVerwG Urteil vom 2.7.2003, 3 C 46/02 = BVerwG NVwZ 2003, 1114, 1115.

auf ihn zukommen. Er ist nicht ausnahmslos darauf angewiesen, Mandanten selbst ausfindig zu machen, um Geld zu verdienen. Der Zugang zu den Kartellamtsakten ist bei der Suche nach Mandaten und Mandaten sicherlich eine große Hilfe, aber nicht zwingend zur Tätigkeitsausübung notwendig. Deshalb kann durch Vergleich zum o.g. BVerwG-Urteil nicht auf eine Verpflichtung zur Gewährung eines Akteneinsichtsrechts für noch nicht einmal potentiell Verfahrensbeteiligte geschlossen werden. Auch darüber hinaus ist die unternehmerische Freiheit nicht verletzt, denn Art. 16 EGRC zwingt die Grundrechtsverpflichteten nicht zu positiven Maßnahmen zur Verbesserung der wirtschaftlichen Situation der Grundrechtsberechtigten. Ebenso wie das verwandte Grundrecht der Berufsfreiheit, Art. 15 Abs. 1 EGRC, kein Recht auf Schaffung eines Arbeitsplatzes vermittelt,⁸⁶⁴ verpflichtet auch Art. 16 EGRC nicht zur Schaffung von Verdienstmöglichkeiten für Selbstständige. Ein subjektives Recht auf Arbeit oder einen Arbeitsplatz verschafft Art. 15 EGRC nicht.⁸⁶⁵ Nur nach Art. 29 EGRC hat der Einzelne ein Recht auf Zugang zu einem unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst. Art. 29 EGRC zielt aber nur auf die Begründung von Arbeitsverhältnissen ab.⁸⁶⁶ Eine entsprechende Regelung über eine positive Verpflichtung gegenüber Unternehmern, sie mit Kunden zusammenzubringen, fehlt. Diese lässt sich auch nicht über Art. 16 EGRC begründen. Art. 16 EGRC ist ein Abwehrrecht, kein Leistungsrecht.⁸⁶⁷ Beeinträchtigt wird die unternehmerische Freiheit durch positive Maßnahmen, die einen Nachteil bezwecken oder unmittelbar bewirken⁸⁶⁸ und solche, die Dritte dazu verleiten, den Betroffenen systematisch zu beeinträchtigen.⁸⁶⁹ Eine Schutzdimension entfaltet Art. 16 EGRC nur bei Gefährdung „der Möglichkeit freier unternehmerischer Tätigkeit in unverfälschtem Wettbewerb,“ wobei die „konkrete, zum Handeln zwingende Schutzpflicht (...) auf Monopolgefahren und unlautere Wettbewerbspraktiken beschränkt sein [wird].“⁸⁷⁰ So besteht auf Grund von Art. 16 EGRC z.B. auch kein Recht auf Mittelstandsförderung.⁸⁷¹ Ferner werden weder ein be-

⁸⁶⁴ Jarass, Art. 15, Rn. 12.

⁸⁶⁵ Nowak in: Heselhaus/Baldus/Nowak Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 30, Rn. 44.

⁸⁶⁶ Jarass, Art. 29, Rn. 5.

⁸⁶⁷ Jarass, Art. 16, Rn. 2; Ruffert in: Callies/Ruffert EUV/AEUV, Art. 16 GRCh, Rn. 1f; Bernsdorff in: NomosKommentar Grundrechtecharta, Artikel 16, Rn. 9.

⁸⁶⁸ Jarass, Art. 16, Rn. 12; Frenz, Kapitel 9, § 2, Rn. 2734.

⁸⁶⁹ Jarass, Art. 16, Rn. 13.

⁸⁷⁰ Frenz, Kapitel 9, § 2, Rn. 2767.

⁸⁷¹ Ruffert in: Callies/Ruffert EUV/AEUV, Art. 16 GRCh, Rn. 2; Bernsdorff in: NomosKommentar Grundrechtecharta, Artikel 16, Rn. 9; a.A. Tettinger, NJW 2001, 1010, 1014.

stimmtes Geschäftsvolumen noch ein bestimmter Marktanteil garantiert.⁸⁷² Es besteht somit keine Pflicht aus Art. 16 EGRC, dem Unternehmer Aufträge zu verschaffen. Zur Hilfe bei der Mandantenakquise verpflichtet Art. 16 EGRC also nicht.

Somit liegt in der Nichtgewährung von Akteneinsicht als eigenständiges Recht des Rechtsanwalts kein Eingriff in die unternehmerische Freiheit. Auf Art. 16 EGRC lässt sich daher kein eigenständiger Informationsanspruch des Rechtsanwalts stützen.

7. Artikel 20 EGRC - Gleichheit vor dem Gesetz

Der allgemeine Gleichheitssatz, Art. 20 EGRC lautet: „Alle Personen sind vor dem Gesetz gleich.“ Art. 20 EGRC nimmt gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 die Union und ihre Stellen in die Pflicht, sowie die Mitgliedstaaten und deren Stellen, soweit sie Unionsrecht durchführen. Art. 20 EGRC bindet nicht durch die Verwaltung und Rechtsprechung bei der Rechtsanwendung, sondern auch den Gesetzgeber.⁸⁷³ Ein eigenständiger Informationsanspruch für den Rechtsanwalt lässt sich aus Art. 20 EGRC nicht unmittelbar ableiten, auch wenn zunächst scheinbar Anhaltspunkte für Ungleich- und Gleichbehandlungen zu erkennen sind. Wollte man argumentieren, der Gleichheitssatz sei verletzt, wenn Rechtsanwälten kein eigenständiges Informationsrecht gegenüber Kartellbehörden eingeräumt würde, könnte man zum einen auf die Gruppe der Rechtsanwälte abstellen, zum anderen auf die Kartellgeschädigten.

Unmittelbar für Rechtsanwälte könnte die Nichtgewährung eines eigenständigen Informationsanspruchs eine Ungleichbehandlung im Vergleich zu jenen Rechtsanwälten sein, die von einem Mandanten beauftragt sind und für diesen Akteneinsicht nehmen. Jedoch selbst wenn man davon ausginge, die Auskunftersuchen von Rechtsanwälten mit und ohne Mandat stellten vergleichbare Sachverhalte dar, läge keine Ungleichbehandlung vor.

Der im Auftrag seines Mandanten handelnde Rechtsanwalt tritt ausschließlich als Interessenvertreter auf. Die Akteneinsicht erfolgt immer nur für den Mandanten. Der Rechtsanwalt darf noch nicht einmal die aus der Akteneinsicht gewonnenen Erkennt-

⁸⁷² T-521/93 - Atlanta, Rn. 62, siehe auch *Frenz*, Kapitel 9, § 2, Rn. 2692.

⁸⁷³ *Jarass*, Art. 20, Rn. 3.

nisse zur Akquise verwenden.⁸⁷⁴ Er kann aus der Akteneinsicht also keinen geschäftlichen Vorteil ziehen, der über das konkrete Mandat, welches zum Zeitpunkt der Akteneinsicht schon besteht, hinausgeht. Der unmandatierte Rechtsanwalt hingegen ist ungebunden. Er verfolgt mit der Einsichtnahme in die Akten eigene Geschäftsinteressen. Er hat dabei die Durchsetzung von Ansprüchen möglichst vieler, noch unbestimmter Geschädigter im Blick. Die Interessenlagen mandatierter und unmandatierter Rechtsanwälte sind also so verschieden, dass man an der Vergleichbarkeit der Sachverhalte zweifeln darf.

Jedenfalls liegt keine Ungleichbehandlung vor. Der Rechtsanwalt, der im Auftrag eines Mandanten Akten einsieht, macht keinen eigenen Anspruch geltend. Vielmehr ist er der verlängerte Arm des Geschädigten. Mitnichten stehen einem Rechtsanwalt gegenüber den Kartellbehörden auf Grund seines Mandats mehr eigene Rechte zu als einem unmandatierten Kollegen. In der Unions- und den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen haben entweder beide ein allgemeines Jedermanns-Informationsrecht oder keiner der beiden kann Einsicht nehmen, weil er jeweils nicht selbst Verletzter ist. In beiden Konstellationen liegt keine Ungleichbehandlung vor. Hinsichtlich verschiedener Gruppen von Rechtsanwälten ist der Gleichheitssatz deshalb nicht verletzt.

Mittelbar könnte die Nichtgewährung eines eigenständigen Informationsanspruchs für den Rechtsanwalt eine Verletzung des Gleichheitssatzes gegenüber den Geschädigten darstellen. Neben dem Verbot, wesentlich Gleiches ungleich zu behandeln, verbietet der allgemeine Gleichheitssatz auch, wesentlich unterschiedliche Sachverhalte gleich zu behandeln.⁸⁷⁵ Diese Bedeutungsvariante des Gleichheitssatzes erfährt in der Literatur nicht nur Zustimmung.⁸⁷⁶ Die Rechtsprechung des EuGH lässt jedoch keinen Zweifel, dass auch die Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte gegen den Gleichheitssatz verstößt, sofern sie nicht objektiv gerechtfertigt ist.⁸⁷⁷ Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz wegen einer Gleichbehandlung kommt aber aus-

⁸⁷⁴ LG Mannheim Urteil vom 24.11.2006, 7 O 128/06, Leitsatz 2, Rn. 111 = LG Mannheim NJOZ 2007, 1954.

⁸⁷⁵ *Jarass*, Art. 20, Rn. 8; Rossi in: Callies/Ruffert EUV/AEUV, Art. 20 GRCh, Rn. 23.

⁸⁷⁶ Zweifelnd Hölscheidt in: NomosKommentar Grundrechtecharta, Art. 20, Rn. 14; dagegen Sachs in: *Tettinger* (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, Art. 20, Rn. 21.

⁸⁷⁷ C-217/91 – Spanien/Kommission, Rn. 37; C-306/93 – Winzersekt, Rn. 30.

nahmsweise und nur dann in Betracht, wenn die Differenzierung zwingend geboten ist.⁸⁷⁸ Nicht jede tatsächliche Verschiedenheit muss auch rechtlich unterschiedlich behandelt werden.⁸⁷⁹ Entsprechend weit ist der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers.⁸⁸⁰

Eine unzulässige Gleichbehandlung könnte darin bestehen, dass trotz sehr unterschiedlicher Schwierigkeiten bei der Anspruchsdurchsetzung jeder Geschädigte auf die gleichen rechtlichen Möglichkeiten der Informationsbeschaffung verwiesen wird. Wie bereits festgestellt, hindern verschiedene tatsächliche Umstände die private Kartellrechtsdurchsetzung.⁸⁸¹ Auf der einen Seite stehen diejenigen, die nicht um ihren Schaden wissen⁸⁸² oder die auf Grund des zu betreibenden Aufwands im Vergleich zur Schadenshöhe an einer Rechtsdurchsetzung auf eigene Faust vernünftigerweise nicht interessiert sind.⁸⁸³ Dies trifft typischerweise auf Endverbraucher zu. Sie sind benachteiligt gegenüber denjenigen Geschädigten, die um den Verstoß und ihre Betroffenheit wissen, bereits über Beweismittel oder wenigstens Anhaltspunkte zu Schaden und Kausalität verfügen und deren Schadensersatzanspruch eine Höhe erreicht, die den trotzdem immer noch beträchtlichen Aufwand einer Schadensersatzklage lohnenswert erscheinen lässt. Typischer Repräsentant dieser Gruppe ist ein großes Unternehmen, welches direkter Abnehmer des Kartellanten ist.

Zwar wird ein Großunternehmen regelmäßig über ein größeres Vermögen verfügen als ein Endverbraucher. Dies ist für die Frage, ab welchem Streitwert ein Geschädigter die Gerichte anzurufen bereit ist, auch nicht unwichtig.⁸⁸⁴ Entscheidend für die Unterteilung in die beiden Gruppen ist jedoch die Informationslage (Wissen um Verstoß, Betroffenheit, Schaden und Kausalität sowie entsprechende Beweismittel) und die Schadenshöhe (kleiner Streuschaden oder „normaler“ Schaden in nicht unerheblicher Höhe). Deshalb findet auch Art. 21 EGRC, ein spezieller Gleichheitssatz, der Diskriminierungen u.a. wegen des Vermögens verbietet,⁸⁸⁵ hier keine Anwendung.

⁸⁷⁸ *Jarass*, Art. 20, Rn. 17; *Rossi* in: *Callies/Ruffert EUV/AEUV*, Art. 20 GRCh, Rn. 28; *Frenz*, Kapitel 10, § 2, Rn. 3210.

⁸⁷⁹ *Rossi* in: *Callies/Ruffert EUV/AEUV*, Art. 20 GRCh, Rn. 28.

⁸⁸⁰ *Rossi* in: *Callies/Ruffert EUV/AEUV*, Art. 20 GRCh, Rn. 28; *Frenz*, Kapitel 10, § 2, Rn. 3210.

⁸⁸¹ Siehe oben § 2 I 3 und § 4 I 1.

⁸⁸² Siehe oben § 4 I 1 a).

⁸⁸³ Siehe oben § 4 I 1 b).

⁸⁸⁴ *Burckhardt*, S. 122ff.

⁸⁸⁵ Eine Diskriminierung liege nur dann vor, wenn bei vermögensbezogenen Entscheidungen das jeweilige Vermögen nicht angemessen berücksichtigt werde, so *Jarass*, Art. 21, Rn. 23.

Trotz der unterschiedlichen Ausgangschancen jener Geschädigtengruppen (Informationslage und Schadenshöhe) steht beiden Gruppen das gleiche Instrumentarium zur Verfügung: ein eigener Informationsanspruch gegenüber den Kartellbehörden. Kartellgeschädigten, die von ihrem Schaden nichts wissen oder für die schon der Aufwand der Akteneinsicht unverhältnismäßig ist, nützt dieser Informationsanspruch kaum. Zur Effektivierung ihrer Schadensersatzansprüche bedarf es eines eigenständigen Informationsanspruchs des Rechtsanwalts.⁸⁸⁶ Stünde also beiden Geschädigtengruppen nur ein eigenes Einsichtsrecht zu und käme den Unwissenden und Streuschadenopfern kein Informationsrecht für Rechtsanwälte zu Gute, so würden Geschädigte trotz ungleicher Durchsetzungschancen ihres Schadensersatzanspruches gleich behandelt.

Der Gleichheitssatz ist dennoch nicht verletzt, weil der nachteilige Reflex der Gleichbehandlung nicht als diskriminierend eingestuft wird. Im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes können Unterschiede auf Grund der Informationslage und der Schadensart nämlich nicht als Diskriminierung gelten. In der Rs. Bocchi entschied das EuG, dass unterschiedliche Wirkungen einer Regelung, die auf objektive Merkmale wie Unterschiede in Größe und Marktstellung von Unternehmen zurückzuführen seien, nicht als Diskriminierung angesehen würden.⁸⁸⁷ Größe und Marktstellung sind aber auch für die oben getroffene Unterteilung entscheidend. Der Informationsgrad des Geschädigten hängt hauptsächlich von dessen Marktstellung ab: je näher er dem Schädiger ist, über desto mehr Informationen, die zur Schadensersatzanspruchsdurchsetzung notwendig sind, wird er verfügen.⁸⁸⁸ Je größer das geschädigte Unternehmen, desto mehr Produkte zu überhöhten Preisen wird es gekauft haben. Entsprechend wird auch der Schaden höher sein als der eines Endverbrauchers oder eines kleineren Unternehmens. Hängen Informationsgrad und Schadenshöhe überwiegend von Marktstellung und Größe ab, so können auch unterschiedliche Wirkungen einer Regelung, die auf Informationsgrad und Schadenshöhe zurückzuführen sind, nicht als diskriminierend bezeichnet werden. Auf Grund des Gleichheitssatzes kann daher nicht gefordert werden, dass gleiche Ausgangschancen für den Zivilprozess geschaffen werden.

⁸⁸⁶ Siehe oben § 4 II 4 d) und § 4 II 5.

⁸⁸⁷ T-30/99 – Bocchi, Rn. 78.

⁸⁸⁸ Siehe oben § 2 III 2.

Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz allein folgt somit kein eigenständiger Informationsanspruch des Rechtsanwalts gegenüber den Kartellbehörden. Das BVerfG verband den Gleichheitssatz mit dem Sozialstaatsprinzip und leitete so aus Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 20 Abs. 1 GG die sogenannte Rechtsschutzgleichheit ab. Die Rechtsschutzgleichheit kann gebieten, dass Unbemittelten Prozesskostenhilfe bewährt werden muss.⁸⁸⁹ Entsprechend könnte man z.B. für den Unwissenden die Gewährung eines Informationsanspruchs für den Rechtsanwalt fordern. Die Verbindung des Gleichheitssatzes mit dem Sozialstaatsprinzip zur Rechtsschutzgleichheit stellt aber weniger eine Ausprägung des Gleichheitssatzes dar. Vielmehr geht es um den Zugang zu Gericht, einem Kernelement des Rechts auf effektiven Rechtsschutz. Der Vergleich zur Prozesskostenhilfe wurde deshalb bei der Prüfung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz gezogen.⁸⁹⁰

8. Grundgesetzliche Gebotenheit

Zuletzt ist der Frage nachzugehen, ob sich auch aus dem Grundgesetz die Verpflichtung ergibt, einen eigenständigen Informationsanspruch für den Rechtsanwalt gegenüber dem Bundeskartellamt und den Landeskartellämtern zu schaffen. Naturgemäß können grundgesetzliche Bestimmungen nicht die EU-Kommission zur Gewährung von Akteneinsicht verpflichten.

Ein verfassungsunmittelbares allgemeines Recht auf Einsicht in Akten der Verwaltungsbehörden wird abgelehnt. Aus dem Grundgesetz folge weder originär ein allgemeines Recht auf Einsicht in Verwaltungsakten⁸⁹¹ noch eine objektivrechtliche Pflicht zur Schaffung eines solchen.⁸⁹² Dies bedeutet nicht zugleich, dass sich ein Akteneinsichtsrecht speziell für Rechtsanwälte zur Effektivierung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung ebenfalls nicht aus dem Grundgesetz ergeben kann. Die Untersuchung zeigt einen wesentlichen Gleichlauf mit dem europäischen Verfassungsrecht: Während sich aus der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG und dem allgemeinen Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG kein Anspruch ableiten lässt, verlangt die Garantie des effektiven Rechtsschutzes (Justizgewährungsanspruch), Art. 20 Abs. 3 GG das Bestehen eines eigenständigen Informationsanspruchs des Rechtsanwalts.

⁸⁸⁹ Z.B. jüngst BVerfG Beschluss vom 28.1.2013, 1 BvR 274/12 = BVerfG NJW 2013, 1727; grundlegend: BVerfG Beschluss vom 22.01.1959, 1 BvR 154/55 = BVerfGE 9, 124; BVerfG Beschluss vom 03.07.1973, 1 BvR 153/69 = BVerfGE 35, 348.

⁸⁹⁰ Siehe oben § 4 II 4 d) (iii).

⁸⁹¹ Wegener in: Callies/Ruffert EUV/AEUV, EUGRCharta Art. 42, Rn. 3.

⁸⁹² Sitsen, S. 35 mwN.

Die grundgesetzliche Berufsfreiheit gibt dem Einzelnen weder ein Recht auf Bereitstellung eines Arbeitsplatzes,⁸⁹³ noch vermittelt Art. 12 Abs. 1 GG einen „Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb und auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten.“⁸⁹⁴ Deshalb kann auch nach deutschem Verfassungsrecht ein Rechtsanwalt nicht verlangen, dass ihm mittels Gewährung eines eigenständigen Informationsanspruchs gegenüber den Kartellbehörden die Mandantenakquise erleichtert wird. Dies bestätigt sich auch durch einen Vergleich zu einem Urteil des VGH Mannheims, wonach ein Rechtsanwalt keinen aus Art. 12 Abs. 1 GG herzuleitenden Rechtsanspruch darauf hat, Verwaltungsvorschriften und Erlasse zum Ausländerrecht mitgeteilt zu bekommen, obwohl es zu seinen Aufgaben gehört, seine Mandanten schon im Vorfeld eines Verwaltungsverfahrens über die Chancen ihres Begehrens zu beraten.⁸⁹⁵ Obgleich er sich die begehrten Informationen als eine Arbeitsgrundlage für seine anwaltliche Tätigkeit bei der Beratung der Mandanten verschaffen wollte, bedeute dies nicht, dass dieses Informationsbedürfnis ein untrennbarer Bestandteil des Rechtsanwaltsberufs wäre und deshalb mit seinem verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht auf eine freie und durch staatliche Eingriffe ungehinderte Berufsausübung in einer Weise verbunden werden müsste, die es selbst zu einem Teil dieses Grundrechts machen würde.⁸⁹⁶ Auch Art. 3 Abs. 1 GG kann allein für eine Anspruchsherleitung nicht fruchtbar gemacht werden. Wie erwähnt ist meines Erachtens die vom BVerfG entwickelte Rechtsschutzgleichheit, Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG, nicht dem Gleichheitssatz, sondern vielmehr der Garantie des effektiven Rechtsschutzes zuzuordnen. Allein letztere führt zum Erfolg: Das Recht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 20 Abs. 3 GG wäre ebenso wie das Recht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 47 EGRC, verletzt, wenn ein eigenständiger Informationsanspruch des Rechtsanwalts gegenüber den Kartellbehörden nicht bestünde. Die Ergebnisse der Untersuchung zu Art. 47 EGRC können übertragen werden, weil der Schadensersatzanspruch des Kartellgeschädigten in der deutschen Rechtsordnung anerkannt ist, § 33 Abs. 3 GWB, und die im Rechtsstaatsprinzip verankerte Garantie des wirkungsvollen Rechtsschutzes mit

⁸⁹³ Jarass in: Jarass/Pieroth GG, Art. 12, Rn. 24.

⁸⁹⁴ BVerfG Beschluss vom 26.6.2002, 1 BvR 558/91 u. a. = BVerfG NJW 2002, 2621, 2622.

⁸⁹⁵ VGH Mannheim Urteil vom 5.2.1979, I 3199/78 = VGH Mannheim NJW 1979, 2117, 2118.

⁸⁹⁶ VGH Mannheim Urteil vom 5.2.1979, I 3199/78 = VGH Mannheim NJW 1979, 2117, 2118.

der Garantie des Art. 47 EGRC in Hinblick auf zivilrechtliche Streitigkeiten parallel läuft.⁸⁹⁷

III. Schlussfolgerungen

Das Nichtbestehen eines eigenständigen Informationsanspruchs des Rechtsanwalts gegenüber der Europäischen Kommission und den deutschen Kartellbehörden wäre ein Verstoß gegen das Recht auf effektiven Rechtsschutz, Art. 47 EGRC und Art. 20 Abs. 3 GG (allgemeiner Justizgewährungsanspruch) sowie gegen den Effektivitätsgrundsatz, Art. 4 Abs. 3 EUV. Was folgt aus dieser Erkenntnis?

Ein Verstoß gegen Art. 47 EGRC läge nicht vor, wenn sich europäisches und deutsches Recht ohne Verletzung des ausdrücklichen Wortlauts dahingehend auslegen lässt, dass dem Rechtsanwalt ein eigenständiger Informationsanspruch gegenüber den Kartellbehörden zusteht. Ebenso kann ein Verstoß gegen das Grundgesetz mittels verfassungskonformer Auslegung abgewendet werden. Auch hier gilt der contra legem Vorbehalt: Die Auslegung darf nicht im Widerspruch zum klar geäußerten Willen des Gesetzgebers stehen oder dem Gesetz ein entgegenstehender Sinn verliehen werden.⁸⁹⁸ Schließlich kann auch in Hinblick auf den Effektivitätsgrundsatz Unionsrechtskonformität durch Auslegung hergestellt werden.

Zu prüfen ist daher, ob sich an Hand noch zulässiger Auslegung ein eigenständiger Informationsanspruch des Rechtsanwalts gegenüber der Europäischen Kommission und den deutschen Kartellbehörden finden lässt. Zunächst muss jedoch geklärt werden, welchen Mindestanforderungen ein solcher Anspruch genügen müsste.

1. Formulierung der Mindesttatbestandsmerkmale

Ziel der Gewährung des eigenständigen Informationsanspruchs für den Rechtsanwalt ist die Verbesserung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung durch Erhöhung der Chancen, Kartellschäden geltend zu machen. Bei der Ausgestaltung des Tatbestandes sind nicht nur die Interessen der Kartellgeschädigten (Betroffene) und des Rechtsanwalts, sondern auch schutzwürdige Interessen Dritter, insbesondere der Verfahrensbeteiligten, zu berücksichtigen. Darüber hinaus darf das öffentliche Interesse an der Funktionsfähigkeit der Behörden und der Effektivität der Kronzeugenprogramme nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt werden. Daraus ergeben sich folgende Min-

⁸⁹⁷ Jarass in: Jarass/Pieroth GG, Art. 20, Rn. 91.

⁸⁹⁸ Mit Nachweisen aus der Rspr des BVerfG Jarass in: Jarass/Pieroth GG, Art. 20, Rn. 34a.

destvoraussetzungen, die der Übersichtlichkeit halber zunächst in Form eines fiktiven Tatbestandes dargestellt und anschließend erläutert werden.

Abs. 1

Ein Rechtsanwalt (1) kann in Ausübung seiner Funktion als Organ der Rechtspflege (2) Einsicht in die Akten der Europäischen Kommission und der nationalen Wettbewerbsbehörden nehmen und Beweisstücke besichtigen (3), um zu klären, ob Schadensersatzansprüche Dritter wegen Verstößen gegen Artt. 101 und 102 AEUV oder entsprechende nationale Vorschriften bestehen oder um Informationen zur Darlegung oder dem Beweis solcher Schadensersatzansprüche zu sammeln (4). Die Akten, in die Einsicht zu gewähren ist, müssen nicht den Verstoß zum Gegenstand haben, auf Grund dessen der Schadensersatzanspruch besteht, den der Rechtsanwalt darzulegen oder zu beweisen sucht (5). Der Rechtsanwalt hat darzulegen, dass öffentlich verfügbare Informationen zur Klärung nicht ausreichen oder deren Auswertung einen erheblichen Mehraufwand bedeuten würde (6). Akteneinsicht wird in jedem Stand des Verfahrens gewährt, soweit dies der Ermittlungstätigkeit der Behörden nicht entgegensteht und zu keinen erheblichen Verfahrensverzögerungen führt (7). Kronzeugeneinreichungen sowie Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse werden unter Berücksichtigung der Stellung des Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege entsprechend den Vorschriften über den Informationszugang von Kartellgeschädigten geschützt (8).

Abs. 2

Der Rechtsanwalt kann unter den Voraussetzungen nach Abs. 1 auch Auskünfte aus den Akten verlangen, es sei denn die Erteilung von Auskünften erfordert einen unverhältnismäßigen Aufwand (9).

Abs. 3

Die mittels Akteneinsicht oder Auskunft erlangten Informationen dürfen nur zu den in Abs. 1 S. 1 genannten Zwecken verwendet werden (10). Erlangte Informationen dürfen nur weitergegeben werden, soweit dies für die Rechtsverfolgung erforderlich ist und nach Weitergabe keine Zweckentfremdung zu befürchten ist (11).

Im Einzelnen bedeutet dies folgendes:

(1) Einem Rechtsanwalt stehen andere in eine Rechtsanwaltskammer aufgenommene Rechtsbeistände und verkammerte europäische Rechtsanwälte gleich. Die Beschränkung des Informationsanspruchs auf den Rechtsanwalt rechtfertigt sich durch die berufsrechtlichen Pflichten, denen er unterliegt.⁸⁹⁹ Nach Aufnahme in eine Rechtsanwaltskammer, § 209 BRAO oder § 2 EuRAG, unterliegen die Rechtsbeistände und europäischen Rechtsanwälte denselben Berufspflichten wie ein Rechtsanwalt, § 209 Abs. 1 S. 3 BRAO oder § 6 Abs. 1 EuRAG.⁹⁰⁰

(2) Der Rechtsanwalt handelt weder im Auftrag eines konkreten Mandanten noch für sich allein.⁹⁰¹ Vielmehr handelt er als Organ der Rechtspflege, das berufen ist, aktiv an der Rechtsdurchsetzung, also auch an der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen Kartellgeschädigter, mitzuwirken.

(3) Der Begriff der Akten (für das EU-Rechte: Dokumente) ist so wie in den Ansprüchen der Kartellgeschädigten zu verstehen.

(4) Existenzberechtigung des Informationsanspruchs ist die Verbesserung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung mittels Förderung von Kartellschadensersatzklagen. Die Akteneinsicht wird daher zu diesem Zwecke gewährt. Dieses berechnete Interesse hat der Rechtsanwalt bei Antragstellung darzulegen.

(5) Die zur Darlegung oder zum Beweis eines Kartellschadensersatzanspruches hilfreichen Informationen befinden sich nicht zwingend nur in einer Bußgeldverfahrensakte.⁹⁰² Deshalb muss Einsicht auch in andere Bußgeldverfahrens- und sonstige Akten gewährt werden. Das Recht auf effektiven Rechtsschutz und der Effektivitätsgrundsatz wären ansonsten unzulässig eingeschränkt.

(6) Diese Voraussetzung greift die Überlegungen zur Erforderlichkeit der Akteneinsicht auf.⁹⁰³ Die Kartellbehörden sollen vor unnötigen Einsichtnahmen geschützt werden und zugleich einen Anreiz für eine verstärkte Öffentlichkeitsarbeit erhalten. Ermöglichen die Kartellbehörden durch ihre Veröffentlichungen bereits die Feststel-

⁸⁹⁹ Siehe oben § 4 I 3 b) (ii).

⁹⁰⁰ Vgl. BVerfG Beschluss vom 12.02.1998, 1 BvR 272/97 = BVerfG NVwZ 1998, 836, 837.

⁹⁰¹ Ist der Rechtsanwalt selbst Kartellgeschädigter kann er jedenfalls nach § 475 Abs. 1 StPO i.V.m. § 49b OWiG für sich selbst Akteneinsicht nehmen. Er muss hierfür keinen anderen Rechtsanwalt beauftragen, vgl. LG Regensburg Beschluss vom 3.12.2003, 1 Qs 124, 125 u. 126/2003 = LG Regensburg NSTz-RR 2004, 369. Ob dies auch für § 406e Abs. 1 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 2. Hs. OWiG gilt, wird unten diskutiert.

⁹⁰² Siehe oben § 2 III 2.

⁹⁰³ Vgl. bzgl. des Informationsanspruchs des Kartellgeschädigten C-536/11 – Donau Chemie, Rn. 32 und T-380/08 – Bitumenkartell, Rn. 53ff.

lung, wem in Folge welchen Verhaltens ein Schaden in welcher Höhe zugefügt wurde, müssen sie Akteneinsicht nicht gewähren. Zu hohe Anforderungen an die Darlegung dürfen nicht gestellt werden, da ansonsten das Informationsrecht leerliefe.

(7) Da die Vorbereitung einer Kartellschadensersatzklage aufwendig ist, muss mit ihr so früh wie möglich begonnen werden können. Zum Schutze der Ermittlungstätigkeit der Kartellbehörden und zur Vermeidung erheblicher Verfahrensverzögerungen kann die Einsichtnahme ganz oder teilweise verwehrt werden. Die ganz oder teilweise Versagung kann nur aufrecht erhalten werden, solange sie zu den genannten Schutzzwecken erforderlich ist.

(8) Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sind europa- und grundgesetzlich geschützt.⁹⁰⁴ Ebenso besteht ein Interesse an der Wahrung zugesicherter Vertraulichkeit von Kronzeugeneinreichungen zum Schutze einer effektiven behördlichen Verfolgung kartellwidrigen Verhaltens. Die Akteneinsicht ist deshalb einzuschränken, soweit die entgegenstehenden Interessen der Wettbewerbsbehörden an einem effektiven Kronzeugenprogramm und das Interesse der Verfahrensbeteiligten am Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse das öffentliche Interesse an einer wirksamen privaten Kartellrechtsdurchsetzung überwiegen. Die Abwägung hat im Einzelfall und grundsätzlich bezüglich jedes Dokumentes (bzw. einer Dokumentenkategorie) zu erfolgen. Nur bei konkreter, absehbarer Beeinträchtigung der gegenläufigen Interessen ist die Akteneinsicht zu beschränken. Im Rahmen der Abwägung ist zu berücksichtigen, dass der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege tätig wird. Zum einen ist er im Allgemeinen berufsrechtlich zur Verschwiegenheit verpflichtet und im Besonderen durch Abs. 3 S. 2 in der Weiterverwendung der erlangten Informationen beschränkt. Insbesondere eine Verbreitung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen in der Öffentlichkeit steht somit nicht zu befürchten. Zum anderen ist zu beachten, dass der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege berufen ist, an der privaten Kartellrechtsdurchsetzbarkeit mitzuwirken. Es besteht daher ein besonderes öffentliches Interesse, dem als Organ der Rechtspflege Handelnden die Mitwirkung zu erleichtern. Aus diesen beiden Gründen dürften dem als Organ der Rechtspflege handelnden Rechtsanwalt regelmäßig weitere Teile der Akten zur Einsicht zustehen als einem Kartellgeschädigten selbst.

⁹⁰⁴ Siehe oben § 4 I 2 c).

(9) Alternativ soll der Rechtsanwalt auch Auskunft verlangen können. Dies bietet sich an, wenn er nach einer bestimmten Information sucht oder den Inhalt eines konkreten Dokumentes erfahren möchte. Die Kartellbehörde muss die Auskunft mit Hinweis auf das Akteneinsichtsrecht verweigern können, wenn die Auskunftserteilung einen unangemessen hohen Aufwand darstellt.

(10) Die Verwendungsbeschränkung stellt sicher, dass die erlangten Informationen, zu denen auch sensible Daten gehören können, nicht zweckentfremdet werden.

(11) Die Weitergabe erlangter Informationen, etwa an Mandanten oder Prozessfinanzierer ist nur gerechtfertigt, wenn es für die Durchsetzung der Schadensersatzansprüche unabdingbar ist und auf das Notwendige beschränkt bleibt. Die Verbindung „und“ zeigt an, dass eine Weitergabe erlangter Informationen zu unterbleiben hat, wenn sie zwar für die Rechtsdurchsetzung erforderlich ist, aber ihr Schutz nach Weitergabe nicht gewährleistet werden kann. Die Regelung trägt damit dem hohen europarechtlichen Schutzniveau von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen Rechnung.

2. Mögliche weitere Ausgestaltung des Tatbestands

Neben der Ausgestaltung des bloßen Informationsanspruchs stellen sich weitere Fragen: Wie soll und darf der Rechtsanwalt sein Wissen in die Welt tragen, und wer trägt die Kosten, die im Zusammenhang mit der Akteneinsicht oder Auskunft entstehen?

Hier sind verschiedene Modelle denkbar, wovon keines zwingend durch das Recht auf effektiven Rechtsschutz oder den Effektivitätsgrundsatz vorgegeben ist. Vorgestellt wird die in meinen Augen sinnvollste Ausgestaltung in Form einer Fortführung des fiktiven Tatbestandes, dem wiederum Erläuterungen folgen.

Abs. 4

Abs. 3 gilt unbeschadet des Rechts des Rechtsanwalts, den zum Schadensersatz Berechtigten (Betroffener) seine Dienste anzubieten (12). Bietet der Rechtsanwalt auf Grund der erlangten Informationen einem Betroffenen seine Dienste an, so hat er zu entsprechenden Bedingungen sämtlichen Betroffenen seine Dienste anzubieten (13). Liegt die Höhe der Schadensersatzansprüche im Mittel aller und in der Mehrheit der einzelnen Schadensersatzansprüche unter einhundertfünfzig Euro, so kann der Rechtsanwalt derjenigen Verbraucherzentrale oder einem anderen mit öffentlichen Mitteln geförderten Verbraucherverband die erlangten Informationen zum Zwecke einer Einziehung im Sinne von § 79 Abs. 2 Nr. 3 ZPO anbieten, in dessen Einzugsge-

biet die meisten Betroffenen ihren Wohnsitz haben (14). Die Verbraucherzentrale oder der mit öffentlichen Mitteln geförderte Verbraucherverband ist nicht verpflichtet, bei der gerichtlichen oder außergerichtlichen Durchsetzung der Schadensersatzansprüche denjenigen Rechtsanwalt zu betrauen, der die Informationen angeboten hat (15).

Abs. 5

Die im Zusammenhang mit der Einsichtnahme oder Auskunft entstandenen Kosten trägt der Rechtsanwalt (16). Sie sind ihm nebst einer angemessenen Aufwandsentschädigung vom Schadensersatzverpflichteten zu erstatten, wenn die Schadensersatzansprüche rechtskräftig festgestellt oder anerkannt sind und die durch die Akteneinsicht oder Auskunft erlangten Informationen hierfür von Bedeutung waren (17). Nimmt eine Verbraucherzentrale oder ein anderer mit öffentlichen Mitteln geförderter Verbraucherverband Informationen nach Abs. 4 S. 3 an, so hat der Verbraucherverband dem Rechtsanwalt die Kosten der Einsichtnahme oder Auskunft nebst einer angemessenen Aufwandsvergütung zu erstatten (18).

Erläuterungen:

(12) Abs. 4 S. 1 soll die Brücke zum anwaltlichen Werberecht schlagen. Trotz der Lockerungen der letzten Jahre sind dem Rechtsanwalt bei der Mandatswerbung noch immer enge Grenzen gesteckt. Strenger als den allgemeinen Berufsregeln soll der Rechtsanwalt bei seinen Bemühungen um Mandate für Kartellschadensersatzklagen nicht unterworfen sein. Das Werberecht des Rechtsanwalts richtet sich also auch in Kartellschadensersatzfällen nach § 43b BRAO.

Mit dieser Feststellung ist allerdings noch nicht geklärt, ob im Rahmen von § 43b BRAO ein aktives Zugehen auf dank Akteneinsicht identifizierte Geschädigte zulässig ist, wie es zur Effektivierung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung vonnöten wäre. Dieser Frage soll sich nun angenommen werden.

a) Die anwaltliche Werbung

Der eigenständige Informationsanspruch für den Rechtsanwalt muss auch deshalb gewährt werden, damit Unwissende von ihrem Schaden erfahren und durch Verlagerung des Rechercheaufwands dem rationalen Desinteresse entgegengewirkt werden

kann. Sowohl auf den Unwissenden als auch auf den rational Desinteressierten muss der Rechtsanwalt zugehen dürfen, denn insbesondere Opfer von Streuschäden haben in aller Regel keine Kenntnis von ihrem Anspruch und können ihre Rechte sonst nicht durchsetzen.⁹⁰⁵ Mehr Kartellschadensersatzklagen sind nur zu erwarten, wenn der Rechtsanwalt die mittels Akteneinsicht oder Auskunft identifizierten Geschädigten gezielt ansprechen darf. Eine gezielte Ansprache scheint jedoch mit § 43b BRAO in Konflikt zu stehen. Nach 43b BRAO ist dem Rechtsanwalt nämlich u.a. Werbung dann nicht erlaubt, wenn sie auf die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet ist.⁹⁰⁶ Und doch sind das Berufsrecht einerseits sowie das Recht auf effektiven Rechtsschutz und der Effektivitätsgrundsatz andererseits nicht unvereinbar:

Das Werberecht des Rechtsanwalts ist durch die Grundrechte der freien Meinungsäußerung, Art. 5 Abs. 1 2. Fall GG, und die freiheitliche Berufsausübung, Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.⁹⁰⁷ Auf Ebene des EU-Rechts greift Art. 24 der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt (Dienstleistungs-RL) das Werberecht der Angehörigen reglementierter Berufe, also auch das der Rechtsanwälte, auf und verlangt, dass absolute Verbote der kommerziellen Kommunikation aufzuheben sind.

Werbung ist mehr als die sachliche Unterrichtung über Art und Ort einer beruflichen Tätigkeit. Es ist ein „Verhalten, das planvoll darauf angelegt ist, andere dafür zu gewinnen, die Leistung des Werbenden in Anspruch zu nehmen.“⁹⁰⁸ § 43b BRAO schränkt die Werbefreiheit der Rechtsanwälte zum Wohle „der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und den Interessen der Rechtssuchenden“ ein.⁹⁰⁹ Geschützt werden soll das Vertrauen der Rechtssuchenden, „dass der Rechtsanwalt seine Dienste nicht rein gewerblich und gewinnorientiert anbietet und seine Leistungen an den Interessen des Mandanten und nicht am eigenen wirtschaftlichen Vorteil ausrichtet.“⁹¹⁰ Weiter soll der Rechtssuchende vor Überrumpelung und Belästigung in einer Notlage

⁹⁰⁵ Scholl, S. 203.

⁹⁰⁶ Die Regelungen zum Werberecht in den Berufsordnungen, § 6 BORA (Werbung) und Nr. 2.6 CCBE-Berufsregeln (Persönliche Werbung), greifen zwar das in § 43b BRAO ebenfalls enthaltene Sachlichkeitsgebot auf und konkretisieren dieses, gehen aber nicht auf das Verbot einzelfallbezogener Werbung ein.

⁹⁰⁷ Böhnlein in: Feuerich BRAO, § 43b, Rn. 6f.

⁹⁰⁸ Böhnlein in: Feuerich BRAO, § 43b, Rn. 2; *Kleine-Cosack*, Vor § 43b, Rn. 3.

⁹⁰⁹ Böhnlein in: Feuerich BRAO, § 43b, Rn. 7; *Kleine-Cosack*, § 43b, Rn. 22.

⁹¹⁰ Böhnlein in: Feuerich BRAO, § 43b, Rn. 9.

(z.B. Haft, Scheidung, Schulden, Steuerbescheid, Todes- und Unglücksfälle)⁹¹¹ geschützt werden und in seiner Entscheidung frei bleiben, welchen Rechtsanwalt er be-
traut.⁹¹²

Im Jahre 2005 entschied OLG Hamburg zum Verbot von Werbung, die auf Erteilung
eines Auftrags im Einzelfall gerichtet ist:

„Schicken Rechtsanwälte unaufgefordert Schreiben an namentlich angeschriebene
Kapitalanleger, in denen diesen mitgeteilt wird, dass ihnen durch ihre Beteiligung be-
reits ein Schaden entstanden sei, sich ihr Risiko fortlaufend erhöhe, wegen drohender
Verjährung umgehendes Handeln erforderlich sei, die Möglichkeit der Sammel- oder
Einzelklage bestehe und bei Interesse dringend Rücksendung verschiedener Unterla-
gen, unter anderem einer beigefügten und vom Adressaten zu unterzeichnenden Pro-
zessvollmacht erbeten werde, so ist ein solches Vorgehen auch unter Berücksichti-
gung der inzwischen liberaleren Rechtsauffassung zur Zulässigkeit von Anwaltswer-
bung nicht mehr mit § 43b BRAO zu vereinbaren und zugleich wettbewerbswidrig
gem. § 4 Nr. 11 UWG.“⁹¹³

Das Urteil weckt Befürchtungen, auch das Anschreiben identifizierter Kartellgeschä-
digter nach Akteneinsicht oder Auskunft könnte nach § 43b BRAO unzulässig sein.
Diese sind jedoch unbegründet. Zum einen ist Einzelfallwerbung nicht generell verbo-
ten, sondern nur, wenn sie die Notlage des Rechtssuchenden ausnutzt. In einer dem
Kapitalanleger vergleichbaren Notlage befinden sich ahnungslose Kartellgeschädigte
oder rational Desinteressierte aber nicht. Zum anderen lassen sich Ansprachen po-
tentieller Mandanten weit weniger aufdringlich und ohne die Verbreitung von „Angst
und Schrecken“ gestalten, wie dies im streitgegenständlichen Schreiben vor dem OLG
Hamburg der Fall war.

Anders als der Wortlaut des § 43b BRAO vermuten lässt, ist dem Rechtsanwalt eine
Mandatswerbung im Einzelfall nicht in jedem Fall untersagt.⁹¹⁴ Dies wäre auch mit
Art. 24 der Dienstleistungs-RL nicht vereinbar.⁹¹⁵ Der BGH führte im Jahre 2013 aus:
„Ein Rechtsanwalt verstößt nicht zwingend gegen das Verbot der Werbung um Praxis
(§ 43b BRAO), wenn er einen potentiellen Mandanten in Kenntnis eines konkreten

⁹¹¹ *Kleine-Cosack*, § 43b, Rn. 23.

⁹¹² Römermann in: *Römermann* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BORA, 2. Aufl., § 43b BRAO, Rn. 8f.

⁹¹³ OLG Hamburg Urteil vom 2.6.2005, 5 U 126/04 = OLG Hamburg NJW 2005, 2783.

⁹¹⁴ *Kleine-Cosack*, § 43b, Rn. 21.

⁹¹⁵ *Lauda*, Deutscher AnwaltSpiegel 2014, 3, 4.

Beratungsbedarfs (...) persönlich anschreibt und seine Dienste anbietet. Ein Verstoß liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn der Adressat einerseits durch das Schreiben weder belästigt, genötigt oder überrumpelt wird und er sich andererseits in einer Lage befindet, in der er auf Rechtsrat angewiesen ist und ihm eine an seinem Bedarf ausgerichtete sachliche Werbung hilfreich sein kann.“⁹¹⁶

Eine Werbung ist nicht schon dann aufdringlich und damit verboten, nur weil sie auf den Bedarf eines Rechtssuchenden eingeht.⁹¹⁷ Vielmehr kommt es auf Art und Intensität der Notlage des Rechtssuchenden an.⁹¹⁸ Ob eine gemeinwohlschädliche Aufdringlichkeit vorliegt, muss in „Abwägung mit den Belangen der häufig an Informationen interessierten Rechtssuchenden“ im Einzelfall erörtert werden.⁹¹⁹ Wichtig ist, dass „die Entscheidungsfreiheit des Rechtssuchenden gewährleistet bleibt und er in einer Situation mit konkretem Beratungsbedarf weder bedrängt, genötigt oder überrumpelt wird.“⁹²⁰ Diese Gefahr ist im Falle von Kartellgeschädigten entfernter Marktstufen gering. Ein Kartellschaden erreicht auf entfernten Marktstufen für den Einzelnen keine existenzgefährdende Höhe, wie dies beispielsweise bei Verlust der Altersvorsorge auf Grund eines mangelhaften Finanzproduktes oder einer „Schrottimmoblie“ der Fall sein kann. Die „Notlage“ des Kartellgeschädigten ist also nur rein wirtschaftlicher Natur und kann im Falle von Streuschäden kaum als eine solche bezeichnet werden.

Im Gegensatz etwa zu geschädigten Kapitalanlegern, die in der Regel bereits um den Verlust ihrer Kapitaleinlage, die schlechte Performance des Finanzproduktes oder die Schieflage des Fonds wissen, sind Kartellgeschädigte oft ahnungslos. Anders als der Kapitalanleger, der bereits um sein investiertes Vermögen bangt, befindet sich der Kartellgeschädigte nicht bewusst in einer beratungsbedürftigen Lage. Der Beratungsbedarf, dessen Intensität schließlich für die Abwägung mit der Intensität der Werbemaßnahme bedeutsam ist, wird durch die Werbung also erst hervorgerufen. Dies ist nebenbei bemerkt unschädlich. Eine Werbemaßnahme ist nicht auch schon deshalb verboten, weil sie einen Beratungsbedarf erst weckt, denn „[w]eder der Schutz des Rechtssuchenden, der ohne eine Information von der Verfolgung seiner - möglicher-

⁹¹⁶ BGH Urteil vom 13.11.2013, I ZR 15/12 = BGH NJW 2014, 554.

⁹¹⁷ *Kleine-Cosack*, § 43b, Rn. 24.

⁹¹⁸ *Kleine-Cosack*, § 43b, Rn. 28.

⁹¹⁹ *Kleine-Cosack*, § 43b, Rn. 29.

⁹²⁰ Römermann in: BeckOK BORA, § 43b BRAO, Rn. 29.

weise bestehenden - Rechte Abstand genommen hätte noch der Schutz der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege erfordern ein Verbot (...).“⁹²¹

Allerdings ist auch bei Beratungsbedarf außerhalb akuter Notlagen oder bei erst gewecktem Beratungsbedarf darauf zu achten, dass die Werbung nicht zu aufdringlich ist. Richtschnur ist der „Schutz der freien und unbedrängten Entscheidung des Bürgers über die Beauftragung eines Rechtsanwaltes.“⁹²² Rechtsanwälte, die sich um Mandate von Kartellgeschädigten bemühen, sollten deshalb folgende Leitlinien beachten: Kartellgeschädigte sollten per Brief oder Postwurfsendung angesprochen werden. Werbung per E-Mail, Fax, Telefon, SMS oder ein unaufgefordertes persönliches Ansprechen ist belästigend oder aufdringlich.⁹²³ Es ist darauf zu verzichten, die Adressaten mit Hinweis auf Verjährungsfristen zu einer raschen Mandatierung zu drängen. Ebenso wenig sollte der Werbung schon ein Vollmachtsvordruck beiliegen.⁹²⁴ Rückantwortkarten, mit denen der Adressat seinen Wunsch nach einer Beratung oder Kontaktaufnahme kundtun kann, dürfen hingegen angefügt werden.⁹²⁵ Im Ergebnis ist festzuhalten, dass § 43b BRAO in seiner Auslegung nach dem BGH, die auf eine Beauftragung im Einzelfall gerichtete Werbung nicht generell untersagt. Gestaltet der Rechtsanwalt seine Werbung so, dass sie weder aufdringlich, belästigend noch überrumpelnd ist, darf der Rechtsanwalt auf die Kartellgeschädigten zugehen und seine Dienste anbieten. Eine solche Werbung steht sogar im Dienste der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und im Interesse der Rechtssuchenden, dem eine Durchsetzung seines Schadensersatzanspruchs erst ermöglicht wird und der auf Rechtsrat angewiesen ist.

Fortsetzung der Erläuterungen:

(13) Die Regelung, dass der Rechtsanwalt, bietet er einem Betroffenen seine Dienste an, gleichsam zu entsprechenden Bedingungen sämtlichen Betroffenen seine Dienste anzubieten hat, findet seine Begründung in der Überlegung, dass dem Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege Pflichten zum Wohle aller Kartellgeschädigten auferlegt

⁹²¹ OLG Düsseldorf Urteil vom 5.11.2002, 20 U 105/02 = OLG Düsseldorf NJW 2003, 362, 364.

⁹²² Römermann in: BeckOK BORA, § 43b BRAO, Rn. 47.

⁹²³ Böhnlein in: Feuerich BRAO, § 43b, Rn. 26; *Kleine-Cosack*, § 43b, Rn. 30.

⁹²⁴ *Kleine-Cosack*, § 43b, Rn. 34.

⁹²⁵ Vgl. zur nicht berufswidrigen Werbung der Steuerberater nach § 57 Abs. 1 StBerG BGH Urteil vom 25.02.2003, StbSt (R) 2/02 = BGH BB 2003, 922.

werden können. Der Informationsanspruch wird dem Rechtsanwalt gewährt, damit möglichst jeder Geschädigte seinen Schaden kompensieren kann. Kann jeder Einzelne sein Recht durchsetzen, wirkt dies zusammengekommen auch abschreckend gegenüber den Schädigern. Nimmt man den Individualrechtsschutz ernst und möchte gleichzeitig einen Beitrag zur Generalprävention leisten, muss dafür gesorgt werden, dass möglichst alle die Chance erhalten, ihren Schadensersatzanspruch durchzusetzen. Der Rechtsanwalt, der dank seines Informationsanspruchs die Geschädigten oder eine Geschädigtengruppe ausgemacht hat, soll sich deshalb nicht nur der lukrativsten Mandate annehmen, sondern allen seine Dienste anbieten. Die Formulierung „zu entsprechenden Bedingungen“ soll einerseits vor Diskriminierungen schützen, andererseits klarstellen, dass der Rechtsanwalt nicht verpflichtet ist, zu exakt den gleichen Bedingungen, z.B. zum gleichen Honorar, Geschädigte mit unterschiedlich hohen Schäden, unterschiedlichem Beweisaufwand etc. zu vertreten. Dem Rechtsanwalt soll die Möglichkeit belassen werden, vor dem Herantreten an die potentiellen Mandanten ein auf nachvollziehbaren, sachlichen Gründen beruhendes Vergütungssystem zu entwickeln.

Die Verpflichtung trifft den Rechtsanwalt nicht, wenn er durch ihre Befolgung gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, § 43a Abs. 4 BRAO, § 3 BORA, verstieße. Dies wird vor allem dann relevant, wenn es Geschädigte auf verschiedenen Marktstufen gibt und umstritten ist, ob und in welcher Höhe ein Schaden auf die Abnehmer der unteren Stufe abgewälzt wurde. Der Verkäufer (auf der höheren Stufe) hat ein Interesse daran, den ganzen oder einen möglichst großen Anteil des Schadens geltend zu machen. Er wird deshalb versuchen darzulegen, dass der Schaden nicht weitergereicht wurde. Der Käufer (auf der niedrigeren Stufe) hingegen ist interessiert nachzuweisen, dass der Schaden in Form höherer Preise auf ihn abgewälzt wurde, also er in Wahrheit den Schaden davongetragen hat. In Fällen widerstreitender Interessen kann der Rechtsanwalt nur Mandanten vertreten, deren Interessen gleichlaufen. Ihm ist dann ein Wahlrecht zuzugestehen, welcher Gruppe Geschädigter er seine Dienste anbietet.

b) Die Rolle der Verbraucherverbände

(14) Der Vorschlag, erlangte Informationen den Verbraucherverbänden anbieten zu können, wenn die Höhe der Schadensersatzansprüche im Mittel aller und in der Mehrheit der Schadensersatzansprüche unter einhundertfünfzig Euro liegt, beruht

auf der Erkenntnis von *Burckhardt*, dass bei Unterschreitung einer bestimmten Schadenshöhe, typischerweise einhundertfünfzig Euro, der Aufwand für den Verbraucher, eine Klage anzustrengen, zu hoch ist und in diesem Fall allein eine Verbandsklage ohne Ermächtigung der Betroffenen geeignet sind, eine Schadenskompensation zu erreichen.⁹²⁶ Im Vordergrund steht dann die generalpräventive Wirkung. So wichtig diese Steuerungsfunktion des Haftungsrechts auch ist, so darf sie den Individualrechtsschutz und die Entscheidungsbefugnis des Einzelnen, ob er seinen Schaden geltend machen will oder nicht (*Dispositionsmaxime*) nur dann verdrängen, wenn der Einzelne aller Wahrscheinlichkeit nach nicht tätig werden wird. Über den Betrag von einhundertfünfzig Euro hinaus kann dies nicht mehr vermutet werden. Deshalb darf der Rechtsanwalt auch erst dann einem Verbraucherverband die erlangten Informationen abtreten, wenn die Schadenshöhe im konkreten Fall typischerweise unter einhundertfünfzig Euro liegt. Ob im konkreten Fall die Schadenshöhe typischerweise unter einhundertfünfzig Euro liegt, wird an Hand des relativen Grenzwertes (der Durchschnitt aller Schadenshöhen muss unter einhundertfünfzig Euro liegen) und des absoluten Grenzwertes (mehr als die Hälfte der einzelnen Schäden müssen unter einhundertfünfzig Euro liegen) überprüft.

Wie eine sogenannte Bagatellverbandsgruppenklage nach dem außer Kraft getretenen Art. 1 § 3 Nr. 8 RBerG zulässig war, so ist sie heute nach § 79 Abs. 2 Nr. 3 ZPO möglich. Nur zu diesem Zweck darf der Verbraucherverband die angebotenen Informationen auch verwenden. In Anbetracht der strengen Regel des Abs. 3 S. 2 zur Weitergabe der mittels des Informationsanspruchs erlangten Informationen, müssen die Verbraucherverbände besondere Vorkehrungen für den Schutz der Vertraulichkeit der Informationen und gegen die Gefahr der Zweckentfremdung treffen.

Die Formulierung „darf anbieten“ macht deutlich, dass der Rechtsanwalt auch unterhalb des Schwellenwertes mittels Einzel- oder Sammelklagen die Schadensersatzansprüche der Kartellgeschädigten geltend machen kann.⁹²⁷ Es soll ihm offenstehen, Geschäftsmodelle zu entwickeln, die auch die Durchsetzung kleinster Schäden ermöglichen.⁹²⁸ Haben Rechtsanwälte erst einmal Erfahrungen mit Kartellschadensersatzver-

⁹²⁶ *Burckhardt*, S. 182ff.

⁹²⁷ Eine Bagatellverbandsgruppenklage ohne Ermächtigung der Betroffenen kann der Rechtsanwalt selbstverständlich nicht führen.

⁹²⁸ Zur (begrenzten) Möglichkeit mittels der Vereinbarung von Erfolgshonoraren das Prozesskostenrisiko des Klägers zu senken und so eine Klage für diesen attraktiver zu machen, siehe *Scholl*, S. 199ff.

fahren für eine Vielzahl von Verbrauchern gesammelt und sich spezialisiert, wird der Schwellenwert sinken, ab welchem es sich für einen Rechtsanwalt lohnt, die Rechtsdurchsetzung selbst zu betreiben und nicht an einen Verbraucherverband abzugeben. (15) Abs. 4 S. 4 soll lediglich klar stellen, dass es den Verbraucherverbänden freisteht, einen anderen Rechtsanwalt zu beauftragen als denjenigen, der ihnen die Informationen zum Zwecke der Bagatellverbandsgruppenklage verschafft hat.

c) Kostentragung

(16) Der Zugang zu den Dokumenten der Europäischen Kommission auf Grundlage der EU-Transparenzverordnung ist – im Gegensatz zum Verfahren nach dem deutschen IFG, § 10 IFG – kostenfrei. Auch die Akteneinsicht oder Auskunftserteilung nach den §§ 406e oder 475 StPO ist gebührenfrei. Allerdings entstehen dem Rechtsanwalt im Zusammenhang mit der Akteneinsicht Kosten: Abschriften oder Ablichtungen aus den Akten hat er auf eigene Kosten anzufertigen oder die Kosten hierfür zu tragen, z.B. Art. 10 Abs. 1 S. 2 TransparenzVO; für die Versendung von Akten wird je durchgeführter Sendung eine Pauschale nach § 107 Abs. 5 OWiG (derzeit: zwölf Euro; für die elektronische Übermittlung einer elektronisch geführten Akte: fünf Euro) fällig.⁹²⁹ Zudem werden Fahrtkosten zur Behörde anfallen.

Die Kosten der Einsichtnahme oder Auskunft trägt zunächst der Rechtsanwalt selbst. Zwar dient die Gewährung des Informationsanspruchs dem Individualrechtsschutz und der privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Allerdings verfolgt der Rechtsanwalt mit der Einsichtnahme auch ein geschäftliches Interesse, welches es rechtfertigt, ihm das Kostenrisiko aufzubürden. Wie jeder andere Teilnehmer des Wirtschaftsgeschehens, der auf den Kosten einer Investition sitzen bleibt, wenn diese keine Früchte trägt, muss auch der Rechtsanwalt die Kosten tragen, wenn die Akteneinsicht nicht zur Aufnahme von Mandaten führt.

(17) In Anlehnung an den Vorschlag von *Bien*, die Kosten der Verteilung des Schadensersatzes dem Schädiger aufzuerlegen,⁹³⁰ ist es naheliegend, bei erfolgreicher Durchsetzung der Ansprüche dem Schädiger die im Zusammenhang mit der Akteneinsicht oder Auskunft entstandenen Kosten aufzubürden, wenn die erlangten Infor-

⁹²⁹ § 107 Abs. 5 OWiG gilt für jeden, der die Versendung von Akten beantragt, nicht nur für den Verteidiger des vom Bußgeldverfahren Betroffenen, sondern „ebenso für einen Rechtsanwalt der - wie hier - die Übersendung der Bußgeldakte lediglich zur Regulierung zivilrechtlicher Ansprüche beantragt hat.“ OVG Münster Urteil vom 13. 4. 2005, 9 A 4592/03 = OVG Münster NJW 2005, 2795.

⁹³⁰ *Bien*, S. 142.

mationen die Rechtsverfolgung tatsächlich erleichtert haben. Hierfür wird dem Rechtsanwalt ein Erstattungsanspruch gegen den Schadensersatzverpflichteten gewährt. So soll der Umweg über den Schadensersatzberechtigten vermieden werden, der die Kosten zunächst übernehmen müsste, um sie dann als Rechtsverfolgungskosten geltend zu machen. Die – wenn auch nur vorläufige – Übernahme der Kosten könnte viele der Schadensersatzberechtigten abschrecken. Zuzüglich zum Ersatz entstandener Kosten soll der Rechtsanwalt eine angemessene Aufwandsentschädigung erhalten, die seine Bemühungen um die Rechtsverfolgung honorieren und einen Anreiz bieten sollen, aktiv an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung mitzuwirken. Neben dieser „Prämie“ sollte bei der Bemessung der Aufwandsentschädigung der tatsächlich betriebene Zeit- und Arbeitsaufwand zur Beschaffung und Aufbereitung der Informationen sowie die anteilige Bedeutung der erlangten Informationen am Erfolg der Rechtsdurchsetzung Berücksichtigung finden.

(18) Nimmt hingegen ein Verbraucherverband die Informationen an, geht der Erstattungsanspruch des Rechtsanwalts gegen diesen. Dies rechtfertigt sich aus zweierlei Gründen: Zum einen ist es dem Verbraucherverband zuzumuten, seinerseits die im Zusammenhang mit der Einsichtnahme oder Auskunft entstandenen Kosten als Rechtsverfolgungskosten geltend zu machen. Im Vergleich zu einem Einzelkläger wird ihn die vorläufige Übernahme dieser Kosten weniger abschrecken. Zum anderen übernimmt der Verbraucherverband ab Entgegennahme der Informationen die Rechtsverfolgung. Er ist nicht verpflichtet, denselben Rechtsanwalt danach weiter zu beauftragen. Der Rechtsanwalt gibt mit dem Anbieten der Informationen den Fall aus der Hand und hat auf die weitere Entwicklung keinen Einfluss mehr. Entschiede sich der Verband – aus welchen Gründen auch immer – die Ansprüche nicht geltend zu machen, auch wenn dies möglich wäre, ginge der Rechtsanwalt leer aus. Darüber hinaus würde es dem Rechtsanwalt als dann Unbeteiligtem schwer fallen, nachzuweisen, dass die erlangten Informationen für die Durchsetzung von Bedeutung waren, etwa wenn der Verband einen Vergleich schließt, über den Stillschweigen vereinbart worden ist.

Ende der Erläuterungen.

3. Europarechts- und grundgesetzkonforme Auslegung bestehender Ansprüche

Festgestellt wurde, dass es eines eigenständigen Informationsanspruchs des Rechtsanwalts gegenüber der Europäischen Kommission und den deutschen Kartellbehörden bedarf und welchen Mindestanforderungen ein solcher Anspruch genügen muss.⁹³¹ Zu prüfen ist nun, ob bereits bestehende Normen, die ein Informationsrecht gegenüber den Kartellbehörden gewähren, sich zulässigerweise dahingehend auslegen lassen (müssen), dass auch ein unmandatierter Rechtsanwalt im oben beschriebenen Mindestumfang anspruchsberechtigt ist.

a) Anspruch gegen die Europäische Kommission

Ein Anspruch auf Zugang zu den Dokumenten der Europäischen Kommission kann alleine aus Art. 2 Abs. 1 TransparenzVO folgen. Dieser unterscheidet weder nach dem Status des Zugangsberechtigten⁹³² noch nach deren Motiv.⁹³³ Folglich steht ebenso dem unmandatierten Rechtsanwalt ein Anspruch auf Zugang zu den Dokumenten der Kommission nach Art. 2 Abs. 1 TransparenzVO zu. Der dem Rechtsanwalt zuzuerkennende Anspruch soll in seinem Umfang im Wesentlichen dem Anspruch entsprechen, der dem Kartellgeschädigten zu gewähren ist.⁹³⁴ Allein die Abwägung mit den Interessen der Verfahrensbeteiligten am Schutz ihrer Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie mit dem Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audit-tätigkeiten dürfte für den Rechtsanwalt wegen seiner Funktion als Organ der Rechtspflege regelmäßig günstiger als für den Kartellgeschädigten ausfallen.⁹³⁵ Diese Besonderheit kann im Rahmen der TransparenzVO berücksichtigt werden. Gemäß Art. 4 Abs. 2 1. Spiegelstrich TransparenzVO verweigern die Organe den Zugang zu einem Dokument, wenn durch dessen Verbreitung der Schutz der geschäftlichen Interessen einer natürlichen oder juristischen Person beeinträchtigt würde, es sei denn, es besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung. Ebenso wird der Zugang verweigert, wenn durch die Verbreitung der Schutz des Zwecks von Inspekti-

⁹³¹ Siehe oben § 4 III 1.

⁹³² Art. 2 Abs. 1 TransparenzVO: „jede natürliche oder juristische Person mit Wohnsitz oder Sitz in einem Mitgliedstaat“; vgl. Art. 2 Abs. 2 TransparenzVO für Personen ohne (Wohn-)Sitz in einem Mitgliedstaat.

⁹³³ Der Anspruch auf Dokumentenzugang ist unabhängig von einem rechtlichen oder berechtigten Interesse des Antragstellers. Der Antrag muss nicht begründet werden, Art. 6 Abs. 1 S. 2 TransparenzVO. Allein das öffentliche Interesse an der Verbreitung spielt bei der Abwägung im Rahmen der Ausnahmeregelungen, Art. 4 TransparenzVO, eine Rolle.

⁹³⁴ Siehe oben § 4 III 1.

⁹³⁵ Siehe oben § 4 III 1 – Erläuterungen zu (8).

ons-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten beeinträchtigt würde, es sei denn, es besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung, Art. 4 Abs. 2 3. Spiegelstrich TransparenzVO.

Zunächst ist festzustellen, dass die bloße Einsichtnahme auf Grund der Gewährung von Zugang für den Rechtsanwalt zu Dokumenten mit Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen eine Verbreitung im Sinne dieser Vorschrift darstellt und die Interessen der Verfahrensbeteiligten beeinträchtigt. Ausgehend vom allgemeinen Sprachgebrauch wäre eine „Verbreitung“ nur anzunehmen, wenn die in den Dokumenten enthaltenen Informationen einer größeren Anzahl von Personen oder der Öffentlichkeit bekanntgemacht würden. Der Rechtsanwalt ist jedoch zur Verschwiegenheit verpflichtet und darf nur in sehr engen Grenzen Informationen weitergeben. Eine Verbreitung im allgemeinsprachlichen Gebrauch wäre nicht zu befürchten. Der Begriff der Verbreitung im Sinne des Art. 4 Abs. 2 TransparenzVO kann aber so nicht verstanden werden. Dies würde ansonsten bedeuten, dass etwa Konkurrenten Zugang zu Dokumenten mit Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen von Unternehmen erhielten, so lange sie die erlangten Informationen nicht weitergeben. Zudem ist es, abgesehen im Falle von Antragstellern, die besonderen Verschwiegenheitsverpflichtungen unterliegen, zum Zeitpunkt des Antrags nicht feststellbar, ob der Antragsteller die erlangten Informationen später anderen Personen bekanntzugeben gedenkt. Die TransparenzVO unterscheidet aber gerade nicht zwischen Antragstellern, die besonderen Verschwiegenheitsverpflichtungen unterliegen und anderen Antragstellern. Ebenso wenig legt die TransparenzVO den Antragstellern Verwendungsbeschränkungen auf. Dies bestätigt sich auch durch die Formulierung in Art. 2 Abs. 4 TransparenzVO, wo es heißt, dass „Dokumente der Öffentlichkeit entweder auf schriftlichen Antrag oder direkt in elektronischer Form oder über ein Register zugänglich gemacht [werden].“ Der Unionsgesetzgeber unterscheidet also nicht zwischen einem einzelnen Antragsteller und der Öffentlichkeit. Nach diesem Verständnis sind Dokumente, zu denen – wenn auch nur einem Einzelnen – Zugang gewährt wurde, öffentlich geworden. Unter Verbreitung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 TransparenzVO ist deshalb bereits die Kenntnisaufnahme auf Grund des gewährten Zugangs zu fassen.⁹³⁶ Schon dadurch sind die verfahrensbeteiligten Unternehmer beeinträchtigt. Eine Beeinträchtigung

⁹³⁶ So wohl auch Reidt/Schiller in: *Landmann/Rohmer/Beckmann* (Hrsg.), *Umweltrecht. Kommentar*, Losebl.-Ausg., Vorbemerkungen, Rn. 46. Reidt/Schiller schreiben über das "Dokument, dessen Verbreitung begehrt wird," und meinen damit das Dokument, zu dem Zugang begehrt wird.

liegt nicht erst vor, wenn Akteneinsicht mit dem Ziel genommen wird, mit Hilfe erlangter Informationen gegen die Verfahrensbeteiligten vorzugehen oder die Akteneinsicht ein Vorgehen tatsächlich ermöglicht. Eine Beeinträchtigung liegt bereits in der bloßen Preisgabe der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse. Das Geheimhaltungsinteresse ist als Interesse an der Nichtweitergabe und Nichtweiterleitung von Dokumenten geschäftlicher Natur zu verstehen.⁹³⁷ Dies bestätigt sich auch durch einen Vergleich zur verwandten⁹³⁸ Vorschrift des Art. 339 AEUV. Danach ist es Beamten und Bediensteten der Union verboten, Auskünfte über Unternehmen sowie deren Geschäftsbeziehungen oder Kostenelemente preiszugeben. Schon die Preisgabe an sich läuft den Unternehmensinteressen zuwider. Ob die Preisgabe rechtswidrig erfolgte, ist eine andere Frage.⁹³⁹ Ebenso wird die Frage, ob oder wie der Antragsteller im Sinne der TransparenzVO die Informationen verwenden möchte, erst in der Abwägung relevant. Eine Beeinträchtigung der Unternehmensinteressen liegt aber schon mit der Einsichtnahme vor.

Daneben kann durch den Dokumentenzugang der Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten beeinträchtigt werden. Wie im Falle des Schutzes der geschäftlichen Interessen, ist bereits im Zugang eine Verbreitung zu sehen. Eine daraus folgende Beeinträchtigung wird im Allgemeinen vermutet.⁹⁴⁰

Abzuwägen ist der Schutz der geschäftlichen Interessen einer natürlichen oder juristischen Person und der Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten mit dem öffentlichen Interesse an der Verbreitung, also der Kenntnisnahme des Dokumenteninhalts. Auch in der Akteneinsichtnahme durch einen Rechtsanwalt ist eine Verbreitung zu sehen. Das öffentliche Interesse an der Verbreitung ist die Förderung von Kartellschadensersatzklagen und damit einhergehend die Verbesserung der gesamten privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Die Erkenntnisse, die ein Rechtsanwalt im Wege des Dokumentenzugangs erlangt, werden in aller Regel mehreren Kartellgeschädigten zu Gute kommen, ohne dass diese selbst Kenntnis geheimhaltungswürdiger Geschäfts- oder Betriebsdaten nehmen müssen. Das eigenständige Informationsbegehren des Rechtsanwalts in seiner Funktion als Organ der Rechts-

⁹³⁷ *Beinker*, S. 83f.

⁹³⁸ Die Vorschrift steht im Spannungsverhältnis zu Art. 15 AEUV und der TransparenzVO Wegener in: Callies/Ruffert EUV/AEUV, Art. 339, Rn. 7; ebenso Jaeckel in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EU-Kommentar, Art. 339, Rn. 7.

⁹³⁹ Jaeckel in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EU-Kommentar, Art. 339, Rn. 32.

⁹⁴⁰ T-380/08 – Bitumenkartell, Rn. 42.

pflege entlastet nicht nur die Kartellbehörden, sondern entfaltet auch Breitenwirkung. Die Einsichtnahme durch einen Rechtsanwalt in seiner Funktion als Organ der Rechtspflege ist in Hinblick auf die private Kartellrechtsdurchsetzung insgesamt von größerem Gewicht als die Einsichtnahme durch einen einzelnen Geschädigten. Das öffentliche Interesse gilt der Durchsetzung des Kartellrechts. Entsprechend höher ist das öffentliche Interesse an einer umfänglichen Gewährung von Dokumentenzugang für den Rechtsanwalt. Eine Einsicht des Rechtsanwalt in Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ist den betroffenen Verfahrensbeteiligten auch zuzumuten, weil dank der Verpflichtungen zur Verschwiegenheit und zur Sicherung der Vertraulichkeit bei Weitergabe von Informationen, denen alle Rechtsanwälte in der EU unterliegen,⁹⁴¹ die Unternehmen vor einer Bekanntgabe ihrer Interna an die Öffentlichkeit geschützt sind. Ebenso wenig darf der Rechtsanwalt die Kronzeugeneinreichungen in der Öffentlichkeit verbreiten, sodass auch schonend mit dem Interesse der Kommission an der Effektivität des Kronzeugenprogramms umgegangen wird. Begehrt also ein Rechtsanwalt in seiner Funktion als Organ der Rechtspflege nach Art. 2 Abs. 1 TransparenzVO Zugang zu den Dokumenten der Europäischen Kommission, ist im Rahmen von Art. 4 Abs. 2 TransparenzVO das besondere öffentliche Interesse an einer wirksamen privaten Kartellrechtspflege zu berücksichtigen. In die Abwägung ist das besondere Potential der Informationsbeschaffung mittels eines unabhängigen Rechtsanwalts und dessen berufsrechtliche Pflicht zur Verschwiegenheit einzustellen. Dies wird regelmäßig zu einem Überwiegen des öffentlichen Interesses führen.

Im Ergebnis kann der Rechtsanwalt mittels des allgemeinen Anspruchs nach Art. 2 Abs. 1 TransparenzVO Zugang zu den Dokumenten der Europäischen Kommission erlangen und so klären, ob Schadensersatzansprüche Dritter wegen Verstößen gegen Artt. 101 und 102 AEUV bestehen und ggf. Informationen zur Darlegung oder dem Beweis solcher Schadensersatzansprüche sammeln. Der Anspruch nach Art. 2 Abs. 1 TransparenzVO lässt sich so auslegen, dass er den Anforderungen des Rechts auf effektiven Rechtsschutz und dem Effektivitätsgrundsatz genügt.

⁹⁴¹ Vgl. Nr. 2.3.2 und Nr. 2.3.4 der CCBE-Berufsregeln.

b) Ansprüche gegen deutsche Kartellbehörden

Im Folgenden wird versucht, im Rahmen der gebotenen und zulässigen Auslegung⁹⁴² in der deutschen Rechtsordnung eine Anspruchsgrundlage auszumachen, die dem Rechtsanwalt ein eigenständiges Recht auf Akteneinsicht und/oder Auskunft gegenüber den deutschen Kartellbehörden gewährt. Untersucht werden § 406e Abs. 1 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 2. Hs. OWiG, § 474 StPO i.V.m. § 49b OWiG und § 475 Abs. 1 StPO i.V.m. § 49b OWiG. Der Vollständigkeit halber wird knapp auf § 1 Abs. 1 S. 1 IFG, § 29 VwVfG und einen Anspruch nach pflichtgemäßem Ermessen eingegangen.

(i) § 406e StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 2. Hs. OWiG

Geprüft werden soll zunächst das trotz seiner Beschränkungen wirksame Aufklärungsinstrument der privaten Kartellrechtsdurchsetzung⁹⁴³ des § 406e StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3, S. 4 OWiG. Fraglich ist, ob der unmandatierte Rechtsanwalt sich diese Vorschrift zu Nutze machen kann. Hierfür ist zunächst zu klären, ob er unter den Verletztenbegriff jener Norm fällt, selbst wenn er selbst nicht unmittelbar Kartellgeschädigter ist. Ist dies nicht der Fall, stellt sich die Frage, ob es überhaupt einer tatsächlichen Beauftragung durch einen Verletzten bedarf oder diese fingiert werden kann. Ist dies zu verneinen, bleibt schließlich zu erörtern, ob der Rechtsanwalt für sich Akteneinsicht nehmen darf, wenn er selbst Kartellgeschädigter ist und inwiefern er erlangte Erkenntnisse verwenden dürfte.

(a) Verletztenbegriff

Aus der Formulierung des § 406e Abs. 1 S. 1 StPO („Für den Verletzten kann ein Rechtsanwalt die Akten (...) einsehen (...).“) wird deutlich, dass es sich um ein Recht des Verletzten handelt. Ein Rechtsanwalt übt es für den Verletzten lediglich aus.⁹⁴⁴ Das Akteneinsichtsrecht steht also nur dem Verletzten selbst zu. Hingegen begründet § 406e Abs. 1 S. 1 StPO kein eigenständiges Recht eines Rechtsanwalts. Der Rechtsanwalt als solches kann auch nicht unter den Begriff des Verletzten subsumiert werden.

⁹⁴² "Die innerstaatlichen Stellen sind verpflichtet, das nationale Recht unionsrechtskonform auszulegen, wenn und soweit ein entsprechender Interpretationsspielraum besteht." siehe Hatje in: Schwarze EU-Kommentar, Artikel 4 EUV, Rn. 48.

⁹⁴³ Lampert/Weidenbach, WRP 2007, 152, 163.

⁹⁴⁴ Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen. Kommentar, 56. Aufl., § 406e, Rn. 2; Seitz in: Göhler/Gürtler/Seitz (Hrsg.), Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 16. Aufl., § 46, Rn. 20b; Weiner in: BeckOK StPO, § 406e, Rn. 2.

Verletzter im Sinne von § 406e Abs. 1 S. 1 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, Abs. 3 S. 4 Hs. 2 OWiG ist derjenige, dessen Rechte oder rechtlich geschützte Interessen unmittelbar durch eine Ordnungswidrigkeit beeinträchtigt worden sind. Eine nur mittelbare Beeinträchtigung soll nicht ausreichen.⁹⁴⁵ Insbesondere ist demnach im Bußgeldverfahren Verletzter, wer durch die Ordnungswidrigkeit unmittelbar an seinem Körper, Eigentum oder Vermögen geschädigt wurde, nicht hingegen aber ein Insolvenzverwalter,⁹⁴⁶ und auch nicht „ein Unternehmen wie die Cartel Damage Claims S.A. (CDC), die sich die Schadensersatzansprüche einer Vielzahl von Geschädigten abtreten lässt.“⁹⁴⁷ Auch der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege fällt weder in den Schutzbereich der relevanten kartellrechtlichen Normen, noch ist er durch das ordnungswidrige Verhalten in einem rechtlich geschützten Interesse beeinträchtigt. Das Eigeninteresse eines einsichtsbegehrenden Rechtsanwalts ist es, Mandate zu gewinnen. Unabhängig von der Frage, inwieweit dieses Interesse rechtlich geschützt ist,⁹⁴⁸ kann es nicht der Begründung der Verletzteneigenschaft dienen. Denn das Interesse wird nicht durch die Kartellordnungswidrigkeit verletzt. Vielmehr wird es durch diese erst geschaffen. Die Nichtgewährung des Akteneinsichtsrechts mag den Rechtsanwalt in einem rechtlich geschützten Interesse verletzen. Dieses Interesse bedingt geradezu die Kartellordnungswidrigkeit; es kann durch dieselbe also gar nicht verletzt sein. Das rechtlich geschützte Interesse zur Begründung der Verletzteneigenschaft ist nicht mit dem berechtigten Interesse an der Akteneinsicht zu verwechseln oder zu vermengen. Es handelt sich hierbei um unterschiedliche Tatbestandsmerkmale, wobei das Interesse an der Akteneinsicht nicht zur Bestimmung der Verletzteneigenschaft herangezogen werden darf.⁹⁴⁹ Selbst wenn die Mandatsgewinnung als berechtigtes Interesse an der Akteneinsicht anerkennungsfähig wäre, würde dies nicht die Verletzteneigenschaft begründen.

⁹⁴⁵ Seitz in: Göhler OWiG, § 46, Rn. 20c.

⁹⁴⁶ Lampe in: KK OWiG, § 46, Rn. 47a.

⁹⁴⁷ Vollmer, ZWeR 2012, 442, 447.

⁹⁴⁸ Siehe oben § 4 II 6 und 8.

⁹⁴⁹ Riedel/Wallau, NStZ 2003, 393, 394f. a.A. LG Berlin Beschluss vom 20.05.2008, 514 AR 1/07 = LG Berlin WM 2008, 1470. Das LG unterliegt mE dem Fehler das in den Schutzbereich fallende rechtlich geschützte Interesse des Verletzten und das berechnigte Interesse an der Akteneinsicht nicht klar zu trennen, wenn es feststellt, dass der Schutzzweck der Strafnorm für die Verletzteneigenschaft unerheblich sei und es vielmehr darauf ankomme, ob dem Antragsteller ein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch zukomme. Einen solchen zu substantiieren und den erforderlichen Beweis anzutreten, sei oft nur mit Hilfe von Akteneinsicht möglich.

Nimmt man als Grundlage das Interesse an einer wirksamen privatrechtlichen Verfolgung von Kartellen, welches der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege auch verfolgt, ändert sich die Beurteilung nicht. Auch das Aufklärungs- und Verfolgungsinteresse bedingt wiederum eine vorangegangene Kartellordnungswidrigkeit; es wird durch diese aber nicht verletzt. Schließlich ist auch Sinn und Zweck des § 406e StPO der Verletztenschutz, nicht die Kontrolle des Legalitätsprinzips.⁹⁵⁰

Der Rechtsanwalt in seiner Funktion als Organ der Rechtspflege kann deshalb nicht unter den Begriff des Verletzten im Sinne von § 406e Abs. 1 S. 1 StPO gefasst werden.

(b) Mandatsfiktion

Gilt der Rechtsanwalt in seiner Funktion als Organ der Rechtspflege nicht als Verletzter, so stellt sich die Frage, ob ein Mandatsverhältnis zu einem Verletzten und eine entsprechende Beauftragung, Akteneinsicht zu nehmen, nicht fingiert werden kann. Immerhin nimmt der Rechtsanwalt Einsicht mit dem Ziel, Mandate zu werben. Es besteht zwar noch kein Mandatsverhältnis. Auf die Begründung eines solchen zielt der Rechtsanwalt aber ab und möchte die erlangten Informationen auch im mutmaßlichen Interesse der zukünftigen Mandanten verwenden. Deshalb könnte man fordern, unter das Tatbestandsmerkmal „für den Verletzten“ sei auch „für den potentiellen Mandanten“ zu subsumieren. Hierfür könnte sprechen, dass das LG Regensburg bezüglich § 475 Abs. 1 S. 1 StPO (dort heißt es: „für eine Privatperson und für sonstige Stellen“) entschied, dass eine Orientierung lediglich an dem Wort „für“ einen Formalismus bedeuten würde, der dem Zwecke der gesetzlichen Regelung nicht gerecht würde.⁹⁵¹ Allerdings wird dies in dem Beschluss vor dem Hintergrund formuliert, dass der einsichtsbegehrende Rechtsanwalt in jenem Fall zur Verfolgung eigener Ansprüche den Antrag stellte. Der Rechtsanwalt wollte für sich selbst – ohne „Vorschaltung“ eines anderen Rechtsanwalts – Akteneinsicht nehmen. Es gab also die Person, für die Akteneinsicht beantragt wurde. Ein Argument für die Zulässigkeit der Fiktion eines Mandatsverhältnisses und eines Auftrags zur Akteneinsicht kann dem Beschluss mithin nicht entnommen werden.

Der Zuhilfenahme einer Fiktion ist eine Absage zu erteilen. Zunächst ist daran zu erinnern, dass der Rechtsanwalt nicht auf Grund eines Mandates – sei es tatsächlich o-

⁹⁵⁰ Stöckel in: KMR StPO, Vor § 406d, Rn. 10.

⁹⁵¹ LG Regensburg Beschluss vom 3.12.2003, 1 Qs 124, 125 u. 126/2003 = LG Regensburg NStZ-RR 2004, 369.

der fiktiv – einen Anspruch auf Akteneinsicht hat. Er hat überhaupt nie nach § 406e Abs. 1 S. 1 StPO einen eigenen Anspruch, es sei denn, er ist selbst Verletzter (hierzu sogleich). Zudem berechtigt die bloße Existenz eines Mandatsverhältnisses den Rechtsanwalt nicht zur Akteneinsicht für den Mandanten. Erst dessen Auftrag, sein Recht gegenüber den Behörden wahrzunehmen, erlaubt dem Rechtsanwalt Einblick. Es müsste neben dem Mandatsverhältnis also auch der konkrete Auftrag, Einsicht in die Akten der Kartellbehörden zu nehmen, fingiert werden. Dies kann nicht zulässig sein. Wie die Ausführungen zum anwaltlichen Werberecht gezeigt haben, ist die freie Wahl des Rechtsbeistands ein hohes Gut.⁹⁵² Der Rechtsanwalt hat bestimmten Werbemethoden zu entsagen, wenn die Gefahr besteht, der potentielle Mandant könne überrumpelt werden und sich in seiner Freiheit, einen Rechtsanwalt seiner Wahl zu beauftragen, eingeschränkt fühlen. Erst recht kann es nicht zulässig sein, ohne Auftrag schon Handlungen für den potentiellen Mandanten durchzuführen. Zudem liefe der Mandant Gefahr, dass ihm Handlungen seines Rechtsanwalts zugerechnet werden, obwohl er hierzu nie den Auftrag gab. Die Fiktion von Mandatsverhältnis und Auftrag zur Akteneinsicht verbietet sich folglich.

(c) Selbstvertretung

Ist auch die Fiktion eines Mandats zu Gunsten eines eigenständigen Akteneinsichtsrechts des noch unmandatierten Rechtsanwalts auf Grundlage von § 406e Abs. 1 S.1 StPO unzulässig, stellt sich abschließend die Frage, ob der Rechtsanwalt wenigstens dann selbst Einsicht in die Akten der Kartellbehörden nach § 406e Abs. 1 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3, S. 4 2. Hs. OWiG nehmen darf, wenn er selbst Kartellgeschädigter ist, oder ob es auch dann der „Vorschaltung“ eines anderen Rechtsanwalts bedarf. Nach Meinung in der Literatur könne das Akteneinsichtsrecht nach § 406e StPO Abs. 1 grundsätzlich nur von einem Rechtsanwalt ausgeübt werden, auch wenn der Rechtsanwalt selbst Verletzter sei.⁹⁵³ In der Konsequenz müsste der kartellgeschädigte Rechtsanwalt sich eines anderen Rechtsanwalts bedienen. Dem steht der Beschluss des LG Regensburg entgegen, der für § 475 StPO entschied, dass es reinen Formalismus bedeuten würde, wenn man sich an die Formulierung „für eine Privatperson klammern und dem Antragsteller als Rechtsanwalt nicht unmittelbar Akteneinsicht gewähren wür-

⁹⁵² Siehe oben § 4 III 2 a).

⁹⁵³ Seitz in: Göhler OWiG, § 46, Rn. 20b; Meyer-Goßner/Schmitt, § 406e, Rn. 2; Hilger, NSTZ 1988, 441, 441.

de.“⁹⁵⁴ Der Begründung des LG Regensburg, der Rechtsanwalt unterliege auch als Betroffener immer noch denselben berufsrechtlichen Regelungen der BRAO und BORA und zusätzlich werde die Vertraulichkeit der dem Rechtsanwalt bekannt gewordenen Tatsachen durch andere flankierende Regelungen, etwa § 53 I Nr. 3 StPO und § 203 I Nr. 3 StGB, geschützt, ist zuzustimmen. In dieser Hinsicht bestehen keine Unterschiede zu § 406e StPO, sodass die Begründung übertragen werden kann. Obigen Stimmen in der Literatur ist somit entgegenzutreten und festzustellen, dass der Rechtsanwalt als Kartellgeschädigter das Akteneinsichtsrecht nach § 406e Abs. 1 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3, S. 4 2. Hs. OWiG ausüben darf, ohne sich eines anderen Rechtsanwalts bedienen zu müssen.

Allerdings gereicht ihm dieser Vorzug nur begrenzt zum Nutzen, denn die durch die Akteneinsicht gewonnen Erkenntnisse stehen dem Rechtsanwalt nicht zur beliebigen Verwendung zu, sondern er darf sie „nur in seiner Eigenschaft als Vertreter des Verletzten“ benutzen.⁹⁵⁵ Ist er selbst der Verletzte, darf er erlangte Informationen auch nur zur Verfolgung eigener berechtigter Interessen verwenden. Das geschäftliche Interesse an der Mandatsgewinnung ist kein berechtigtes Interesse des Verletzten (!) im Sinne von § 406e Abs. 1 S. 1 StPO. Einer Datenverwendung zu diesem Zwecke steht §§ 406e Abs. 6, 477 Abs. 5 StPO entgegen. So stellt das LG Mannheim fest, dass „das Einsichtsrecht dem Rechtsanwalt nicht zu dessen beliebiger Verwendung gewährt wird“ und insbesondere auch nicht dazu diene „dem Rechtsanwalt des Verletzten - etwa durch Veröffentlichung im Internet oder durch Rundschreiben - zu ermöglichen, weitere Verletzte als Mandanten gewinnen zu können.“⁹⁵⁶ Ist der Rechtsanwalt also selbst Verletzter, kann er die erlangten Informationen zu Durchsetzung eigener zivilrechtlicher Ansprüche nutzen, mit ihrer Hilfe aber nicht Werbung um Mandate betreiben.⁹⁵⁷

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass § 406e Abs. 1 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 2. Hs. OWiG dem Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege kein eigenständiges Akteneinsichtsrecht gewährt. Ist er selbst Verletzter im Sinne der Norm, darf er zwar Akten-

⁹⁵⁴ LG Regensburg Beschluss vom 3.12.2003, 1 Qs 124, 125 u. 126/2003 = LG Regensburg NStZ-RR 2004, 369.

⁹⁵⁵ Weiner in: BeckOK StPO, § 406e, Rn. 2.

⁹⁵⁶ LG Mannheim Urteil vom 24.11.2006, 7 O 128/06 = LG Mannheim NJOZ 2007, 1954.

⁹⁵⁷ Es würde auch befremdlich anmuten, wenn das Recht des Rechtsanwalts, auf potentielle Mandanten zuzugehen, davon abhinge, ob er selbst Kartellgeschädigter ist oder nicht.

einsicht nehmen ohne sich eines anderen Rechtsanwalts bedienen zu müssen. Die erlangten Erkenntnisse darf er aber nicht dazu verwenden, um Mandate zu werben.

(ii) § 474 StPO i.V.m. § 49b OWiG

Nach § 474 Abs. 1 StPO i.V.m. § 49b OWiG erhalten Gerichte, Staatsanwaltschaften und andere Justizbehörden Akteneinsicht, wenn dies für die Zwecke der Rechtspflege erforderlich ist. Gemäß § 474 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 49b Nr. 1 OWiG sind im übrigen Auskünfte aus Akten an öffentliche Stellen zulässig, soweit die Auskünfte zur Feststellung, Durchsetzung oder zur Abwehr von Rechtsansprüchen im Zusammenhang mit der Ordnungswidrigkeit erforderlich sind. Damit regelt die Vorschrift die Zulässigkeit von Akteneinsicht und Auskünften für verfahrensfremde Zwecke.⁹⁵⁸ Eine damit verbundene Zweckumwandlung der Daten ist zulässig.⁹⁵⁹ Ihre Verwendung zur Substantiierung von Schadensersatzansprüchen wäre also möglich. Jedoch ist der Rechtsanwalt weder Justizbehörde (Abs. 1), noch öffentliche Stelle (Abs. 2).

Der Begriff der Justizbehörde ist der Terminologie des § 23 EGGVG entlehnt.⁹⁶⁰ Zwar ist der Begriff der Justizbehörden auch für § 23 EGGVG nicht definiert und auch nicht ganz eindeutig.⁹⁶¹ Es handelt sich bei einer Justizbehörde jedoch immer um eine staatliche Stelle.⁹⁶² Seine Stellung als Organ der Rechtspflege macht den Rechtsanwalt nicht zu einem staatlichen Organ.⁹⁶³ Er ist nicht staatliche Stelle und somit auch nicht Justizbehörde im Sinne von §§ 23 EGGVG, 474 Abs. 1 StPO.

Ebenso wenig ist der Rechtsanwalt eine öffentliche Stelle im Sinne von § 474 Abs. 2 S. 1 StPO. Denn „[ö]ffentliche Stellen sind alle hoheitlich tätigen Stellen, die (funktional) nicht Justizbehörden iSd Abs. 1 sind.“⁹⁶⁴ Der Rechtsanwalt wird aber nicht hoheitlich tätig. Auch wenn man die Regelungen der StPO gegenüber denen des BDSG nicht als Spezialvorschriften ansähe,⁹⁶⁵ führte ein Rückgriff auf die Definition der öffentlichen Stelle in § 2 BDSG zu keinem anderen Ergebnis. Zwar gehören zu den öffentlichen Stellen des Bundes (§ 2 Abs. 1 BDSG) und der Länder (§ 2 Abs. 2 BDSG) auch die Or-

⁹⁵⁸ Gieg in: KK StPO, § 474, Rn. 1; Wittig in: BeckOK StPO, § 474, Rn. 5.

⁹⁵⁹ Wittig in: BeckOK StPO, § 474, Rn. 2.

⁹⁶⁰ Gieg in: KK StPO, § 474, Rn. 2.

⁹⁶¹ Mayer in: KK StPO, § 23 EGGVG, Rn. 10.

⁹⁶² Mayer in: KK StPO, § 23 EGGVG, Rn. 10.

⁹⁶³ Siehe oben § 4 I 3 b) (ii) (b).

⁹⁶⁴ Wittig in: BeckOK StPO, § 474, Rn. 10; so auch Gemählich in: KMR StPO, § 474, Rn. 6; so auch Gieg in: KK StPO, § 474, Rn. 4.

⁹⁶⁵ So aber Hilger in: Löwe/Rosenberg StPO, § 474, Rn. 8; wohl im Allgemeinen für einen Rückgriff auf die Definition in § 2 BDSG Gemählich in: KMR StPO, § 474, Rn. 8.

gane der Rechtspflege des Bundes und der Länder. Dies schließt jedoch nicht die Rechtsanwälte mit ein,⁹⁶⁶ die gemäß § 1 BRAO zwar Organe der Rechtspflege sind, aber nicht solche des Bundes oder der Länder.⁹⁶⁷ Der Rechtsanwalt ist ein *unabhängiges* Organ der Rechtspflege, § 1 BRAO. Dass der Rechtsanwalt nicht zu den öffentlichen Stellen im Sinne des Achten Buches der StPO gehört, wird auch durch die Formulierung in § 477 Abs. 4 S. 1 StPO deutlich, wo es heißt: „Die Verantwortung für die Zulässigkeit der Übermittlung trägt der Empfänger, soweit dieser eine öffentliche Stelle oder ein Rechtsanwalt ist.“ Fielen die Rechtsanwälte unter den Begriff der öffentlichen Stelle hieße es „Rechtsanwalt oder eine andere öffentliche Stelle“ oder schlicht „öffentliche Stelle.“

Somit lassen § 474 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 49b StPO keinen ausreichenden Auslegungsspielraum für die Anerkennung eines eigenständigen Informationsanspruchs des Rechtsanwalts.

(iii) § 475 StPO i.V.m. § 49b OWiG

Verbleibt in der StPO das Auskunfts- und Akteneinsichtsrecht nach § 475 StPO, welches über § 49b OWiG auch im Kartellordnungswidrigkeitenverfahren gilt. Nach § 475 Abs. 1 StPO i.V.m. § 49b OWiG kann für eine Privatperson und für sonstige Stellen einem Rechtsanwalt Auskunft aus den Behördenakten erteilt werden, soweit er hierfür ein berechtigtes Interesse darlegt. Nach Abs. 2 kann Akteneinsicht gewährt werden, wenn die Erteilung von Auskünften einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern oder nach Darlegung dessen, der Akteneinsicht begehrt, zur Wahrnehmung des berechtigten Interesses nicht ausreichen würde. Die Erteilung von Auskunft und/oder Akteneinsicht ist in laufenden und abgeschlossenen Verfahren möglich.⁹⁶⁸ Die Ansprüche auf Auskunft und Akteneinsicht gemäß § 475 StPO i.V.m. § 49b OWiG sind es auch schließlich, die dem Rechtsanwalt einen eigenständigen Informationsanspruch gegenüber den deutschen Kartellbehörden gewähren. Der Rechtsanwalt ist eine sonstige Stelle mit berechtigtem Interesse, die auch ohne Vorschaltung eines an-

⁹⁶⁶ Ambs in: *Erbs/Kohlhaas/Ambs* (Hrsg.), *Strafrechtliche Nebengesetze*, Band 1, Losebl.-Ausg., § 2 BDSG, Rn. 17; *Gola/Klug/Körffler/Schomerus*, *Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar*, 11. Aufl., § 2, Rn. 12.

⁹⁶⁷ *Gola/et al.*, § 2, Rn. 12.

⁹⁶⁸ Gemählich in: KMR StPO, § 475, Rn. 1; Wittig in: BeckOK StPO, § 475, Rn. 1; Koch, Zum Akteneinsichtsrecht Privater nach § 475 StPO in: *Michalke, Regina/Köberer, Wolfgang/Pauly, Jürgen/Kirsch, Stefan* (Hrsg.), *Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008*, S. 289, 291.

deren Rechtsanwalts einen Anspruch auf Auskunft, Akteneinsicht und Besichtigung amtlich verwahrter Beweisstücke hat, wobei das Gewährungsermessen der Kartellbehörden auf Grund europarechtlicher und grundgesetzlicher Vorgaben auf Null reduziert ist. Auch auf die Versagungstatbestände, §§ 475 Abs. 1 S. 2, 477 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 StPO und die Verwendungsregelung, § 477 Abs. 5 S. 1 StPO strahlen diese Vorgaben aus.

(a) Sonstige Stelle

Der Rechtsanwalt in seiner Funktion als Organ der Rechtspflege ist eine sonstige Stelle im Sinne von § 475 Abs. 1 S. 1 StPO. Sonstige Stellen sind solche, die nicht auf Grund einer Spezialvorschrift Auskunft oder Akteneinsicht erhalten.⁹⁶⁹ Auch kann man sonstige Stellen definieren als Stellen, die nicht öffentliche Stellen im Sinne des § 474 StPO sind.⁹⁷⁰ Wie gesehen, stehen die spezielleren Informationsansprüche der §§ 406e und 474 StPO dem Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege nicht offen, in letzterem Fall gerade weil er weder Justizbehörde noch öffentliche Stelle ist. Ebenso ist der Rechtsanwalt nach § 2 Abs. 4 BDSG als nicht-öffentliche Stelle einzuordnen, da er weder eine öffentliche Stelle des Bundes oder der Länder ist, noch als privatrechtliche Vereinigung Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, noch hoheitliche Aufgaben wahrnimmt. Schließlich bestätigt auch ein Vergleich zum Insolvenzverwalter, dass der Rechtsanwalt aus § 475 StPO anspruchsberechtigt ist. Der Insolvenzverwalter – der auch als Organ der Rechtspflege bezeichnet werden kann⁹⁷¹ – hat nach § 475 Anspruch auf Auskunftserteilung und ggf. Akteneinsicht, um seiner gesetzlichen Pflicht zur Mehrung der Masse und damit verbunden der Prüfung von Schadensersatzansprüchen nachzukommen.⁹⁷² Auch der Rechtsanwalt ist als Organ der Rechtspflege mit Prüfung von Schadensersatzansprüchen betraut.

(b) Berechtigtes Interesse

Der Rechtsanwalt verfügt auch über berechtigte Interessen im Sinne von § 475 StPO i.V.m. § 49b OWiG. Zum einen nimmt er sich als Organ der Rechtspflege mit Blick auf seine Mitwirkung an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung der Interessen der Kar-

⁹⁶⁹ Hilger in: Löwe/Rosenberg StPO, § 475, Rn. 3.

⁹⁷⁰ Wittig in: BeckOK StPO, § 475, Rn. 1.

⁹⁷¹ Kroth in: *Braun/Bauch* (Hrsg.), Insolvenzordnung. Kommentar, 5. Aufl., § 80, Rn. 18.

⁹⁷² Gemählich in: KMR StPO, § 475, Rn. 1; Wittig in: BeckOK StPO, § 475, Rn. 2.

tellgeschädigten an. Zum anderen verfolgt er als Freiberufler ein eigenes Interesse an der Mandatsgewinnung.

Das berechnigte Interesse im Sinne von § 475 StPO umfasst das rechtliche Interesse,⁹⁷³ insbesondere auch das Interesse an der Durchsetzung bürgerlich-rechtlicher Ansprüche.⁹⁷⁴ Somit ist auch das Interesse eines Kartellgeschädigten, seinen Schadensersatzanspruch durchzusetzen, ein berechtigtes Interesse. Anders als der Insolvenzverwalter nach § 80 Abs. 1 InsO⁹⁷⁵ ist der Rechtsanwalt zwar nicht gesetzlich verpflichtet, Schadensersatzansprüche zu prüfen. Wie gesehen ist der Rechtsanwalt aber in seiner Funktion als Organ der Rechtspflege berufen, an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung mitzuwirken.⁹⁷⁶ Er verfolgt damit ein den einzelnen Mandaten nebeneordnetes Interesse, der (Kartell-)Rechtsordnung zur Durchsetzung zu verhelfen und macht sich deshalb das Interesse an einer flächendeckenden Kompensation kartellbedingter Schäden zu eigen. Auch der Rechtsanwalt hat also ein eigenes, berechtigtes Interesse an der Durchsetzung der Schadensersatzansprüche.

Milde weist richtig darauf hin, dass der bloße Hinweis bei Antragstellung, die Auskunft oder Akteneinsicht diene der Wahrnehmung zivilrechtlicher Interessen zur Darlegung des berechtigten Interesses nicht ausreicht.⁹⁷⁷ Vielmehr muss die ernsthafte Absicht der Anspruchsverfolgung erkennbar sein.⁹⁷⁸ Allerdings zieht *Milde* fälschlicherweise den Schluss, an einer ernsthaften Absicht fehle es, wenn die Akteneinsicht lediglich der allgemeinen Prüfung der Erfolgsaussichten einer Kartellschadensersatzklage diene.⁹⁷⁹ Zudem sei ein Antrag nicht von der ernsthaften Absicht der Anspruchsverfolgung getragen, wenn es darum gehe, den Kartellanten ausfindig zu machen, gegen den sich ein Schadensersatzanspruch am ehesten durchsetzen ließe.⁹⁸⁰ Dabei kann ein Antrag sehr wohl von der ernsthaften Absicht getragen werden, Kartellschadensersatzansprüche durchzusetzen, auch wenn der Anspruchsgegner noch nicht abschließend bestimmt ist. Und natürlich darf die Akteneinsicht der Prüfung der

⁹⁷³ Hilger in: Löwe/Rosenberg StPO, § 475, Rn. 5; Wittig in: BeckOK StPO, § 475, Rn. 8.

⁹⁷⁴ Seitz in: Göhler OWiG, § 49b, Rn. 4; Wittig in: BeckOK StPO, § 475, Rn. 8.2.

⁹⁷⁵ Gemählich in: KMR StPO, § 475, Rn. 1.

⁹⁷⁶ Siehe oben § 4 III b) (ii) (d).

⁹⁷⁷ *Milde*, S. 236; so auch Gieg in: KK StPO, § 475, Rn. 4.

⁹⁷⁸ Mit Verweis auf LG Frankfurt a.M. Beschluss vom 15.04.2003, 5/2 AR 2/03 = LG Frankfurt a.M. StV 2003, 495 *Milde*, S. 236.

⁹⁷⁹ *Milde*, S. 236.

⁹⁸⁰ *Milde*, S. 236.

Erfolgsaussichten der Durchsetzung der Schadensersatzansprüche dienen. Die Erfolgsaussichten lassen sich nur dann abschließend beurteilen, wenn die Kartellgeschädigten oder der Rechtsanwalt über die Informationen zur Substantiierung der Schadensersatzansprüche verfügen oder genau wissen, wo und wie diese beschafft werden können. In diesem Fall wäre aber auch eine Akteneinsicht nicht mehr vonnöten. Dürfte die Akteneinsicht nicht zur Prüfung der Erfolgsaussichten geschehen, wäre die Akteneinsicht im Rahmen von § 475 StPO also kaum je zulässig. Zudem kann die ernsthafte Absicht der Anspruchsverfolgung nicht gleichgesetzt werden mit dem unbedingten Willen, einen Schadensersatzprozess gegen einen bestimmten Gegner zu führen. Dem Antragsteller muss im Sinne der Dispositionsmaxime immer die Möglichkeit verbleiben, sich auf Grund der im Zuge der Akteneinsicht erlangten Informationen für oder gegen eine Klage zu entscheiden. Es ließe sich bei Antragstellung also gar nicht beurteilen, ob eine ernsthafte Absicht zur Anspruchsverfolgung besteht, wenn man dies mit der Absicht, einen Schadensersatzprozess zu führen, gleichsetzte. Daher muss es ausreichen, wenn – wie in den Mindesttatbestandsmerkmalen ausgeführt⁹⁸¹ – der Rechtsanwalt darlegt, dass er Auskunft oder Akteneinsicht beantragt, um zu klären, ob Schadensersatzansprüche Dritter wegen Verstößen gegen Artt. 101 und 102 AEUV oder entsprechende nationale Vorschriften bestehen oder um Informationen zur Darlegung oder dem Beweis solcher Schadensersatzansprüche zu sammeln.

Daneben hat der Rechtsanwalt ein wirtschaftliches Interesse an der Gewinnung neuer Mandate. Auch dieses mit dem Auskunfts- oder Einsichtsbegehren verfolgte Interesse ist ein berechtigtes. Denn das berechtigte Interesse geht über das rechtliche Interesse hinaus⁹⁸² und umfasst auch Interessen „tatsächlicher, wirtschaftlicher oder ideeller (politischer, kultureller, religiöser) Natur.“⁹⁸³

Somit verfolgt der Rechtsanwalt zwei berechtigte Interessen. Diese hat er mittels eines schlüssigen Tatsachenvortrags darzulegen⁹⁸⁴ und deutlich zu machen, dass die Auskunft oder Akteneinsicht zu Interessenwahrnehmung erforderlich ist oder wenigstens erforderlich erscheint.⁹⁸⁵

⁹⁸¹ Siehe oben § 4 III 1.

⁹⁸² Wittig in: BeckOK StPO, § 475, Rn. 8.

⁹⁸³ Hilger in: Löwe/Rosenberg StPO, § 475, Rn. 5.

⁹⁸⁴ Seitz in: Göhler OWiG, § 49b, Rn. 4; Gieg in: KK StPO, § 475, Rn. 4.

⁹⁸⁵ Hilger in: Löwe/Rosenberg StPO, § 475, Rn. 5 iVm § 406e, Rn. 6.

(c) *Selbstvertretung*

Wie bereits mehrfach dargestellt, darf ein Rechtsanwalt im Rahmen von § 475 StPO auch in eigener Sache selbst Akteneinsicht nehmen.⁹⁸⁶ Nach zutreffender Auffassung des LG Regensburg bedeutete es reinen Formalismus, wenn man am Wortlaut „für“ festhielte, zumal der Rechtsanwalt, der in eigener Sache Einsicht nimmt, denselben berufsrechtlichen Pflichten und flankierenden strafrechtlichen und strafprozessualen Vorschriften unterliegt, wie ein vorgeschalteter Rechtsanwalt auch.⁹⁸⁷ Im Gegensatz zur Lage unter § 406e StPO ist die Selbstvertretung auch nicht unnütz. Gemäß §§ 406e Abs. 6 i.V.m. 477 Abs. 5 S. 1 StPO dürfen die erlangten Informationen nur dem Zwecke verwendet werden, für den Auskunft oder Akteneinsicht gewährt wurde. Nimmt der Rechtsanwalt in seiner Rolle als Kartellgeschädigter Einsicht, so dürfen die erlangten Informationen nur zum Nachweis seines eigenen Schadensersatzanspruches verwendet werden, denn das berechnete Interesse eines Verletzten kann zulässigerweise nur auf Wiedergutmachung eigener Beeinträchtigungen gehen. Der Rechtsanwalt kann also nicht in seiner Rolle als Verletzter Akten einsehen und daraus erlangte Informationen dann in seiner Funktion als Organ der Rechtspflege weiterverwenden. Die Interessen decken sich nicht. Anders stellt sich die Lage bei einer Selbstvertretung nach § 475 StPO dar. Der Rechtsanwalt stellt als Organ der Rechtspflege den Antrag auf Auskunft oder Akteneinsicht und möchte als solches erlangte Informationen auch weiterverwenden. Seine berechtigten Interessen bei der Einsichtnahme sind die wirksame Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen und die Gewinnung neuer Mandate. Zur Erreichung dieser Interessen möchte er die erlangten Informationen auch weiterverwenden. Die Interessenlage bleibt also die gleiche; der Rechtsanwalt wechselt nicht Rollen. Die Informationen werden demnach § 477 Abs. 5 S. 1 StPO gemäß zweckentsprechend verwendet. Folglich kann der Rechtsanwalt – im Gegensatz zur Lage nach §§ 406e Abs. 6 i.V.m. 477 Abs. 5 S. 1 StPO – erlangte Informationen auch dann sinnvoll weiterverwenden, wenn er sich selbst vertritt.

⁹⁸⁶ Gemählich in: KMR StPO, § 475, Rn. 3.

⁹⁸⁷ LG Regensburg Beschluss vom 3.12.2003, 1 Qs 124, 125 u. 126/2003 = LG Regensburg NStZ-RR 2004, 369.

(d) Auskünfte, Akteneinsicht, Besichtigung von Beweisstücken

Als sonstiger Stelle mit berechtigtem Interesse können dem Rechtsanwalt Auskünfte aus den Akten der Kartellbehörden erteilt werden, § 475 Abs. 1 S. 1 StPO i.V.m. § 49b OWiG. Die Auskünfte können auch durch Überlassung von Abschriften aus den Akten erteilt werden, § 477 Abs. 1 StPO i.V.m. § 49b OWiG. Darüber hinaus kann dem Rechtsanwalt unter denselben Voraussetzungen Akteneinsicht gewährt werden, wenn die Erteilung von Auskünften einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern oder nach seiner Darlegung zur Wahrnehmung des berechtigten Interesses nicht ausreichen würde, § 475 Abs. 2 StPO i.V.m. § 49b OWiG. In ihrer ersten Alternative dient die Regelung der Entlastung der Behörde.⁹⁸⁸ In Anbetracht des Umfangs der kartellbehördlichen Akten und der Komplexität der Sachverhalte sowie der daraus resultierenden hohen Anzahl von Einzelfragen dürfte es für die Kartellbehörden regelmäßig einen unverhältnismäßigen Aufwand darstellen, Auskünfte zu erteilen. Bedeutend ressourcensparender dürfte es sein, parallel zur eigentlichen Verfahrensakte eine – soweit es zum Schutz gegenläufiger Interessen notwendig ist – bereinigte Akte zu führen, in welche Einsicht gewährt werden kann. Die zweite Alternative nimmt die Erforderlichkeit der Akteneinsicht aus Sicht des Antragstellers in den Blick. Dass Akteneinsicht zur Wahrnehmung der berechtigten Interessen notwendig ist, wird der einsichtsbegehrende Rechtsanwalt regelmäßig darlegen können, da er sich ohne konkretes Mandat zunächst einen Gesamtüberblick verschaffen muss.

Kann dem Rechtsanwalt Akteneinsicht gewährt werden, so sind gleichsam die Voraussetzungen für die Möglichkeit erfüllt, amtlich verwahrte Beweisstücke zu besichtigen. Anders als die Akten dürfen diese ihm aber nicht in seine Geschäftsräume oder Wohnung mitgegeben werden, § 475 Abs. 3 StPO i.V.m. § 49b OWiG.

Im Falle des Rechtsanwalts, der zur Klärung von Kartellschadensersatzansprüchen Informationen begehrt, werden die beiden Alternativen – Einsicht und Auskunft – im Sinne eines Wahlrechts regelmäßig gleichberechtigt nebeneinander stehen, ohne dass – wie es sonst die Konzeption des Gesetzes ist⁹⁸⁹ – die Erteilung von Auskünften die Regel bildet, während Akteneinsicht nur ausnahmsweise gewährt wird. Richtigerweise müssen aber die Kartellbehörden ihre Funktionsfähigkeit schützen dürfen,

⁹⁸⁸ Vgl. Gemählich in: KMR StPO, § 475, Rn. 6.

⁹⁸⁹ Wittig in: BeckOK StPO, § 475, Rn. 11; Gemählich in: KMR StPO, § 475, Rn. 2 und 6 iVm § 474, Rn. 9.

wenn unverhältnismäßiger Aufwand droht, § 475 Abs. 2 1. Fall StPO i.V.m. § 49b OWiG, so wie es auch in Abs. 2 des fiktiven Tatbestandes berücksichtigt wurde.⁹⁹⁰

(e) Abwägung mit gegenläufigen Interessen

Gemäß § 475 Abs. 1 S. 2 StPO sind Auskünfte zu versagen, wenn der hiervon Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an der Versagung hat. Inwieweit in Hinblick auf die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie die Unschuldsvermutungen hier ein Unterschied zu § 406e Abs. 2 S. 1 StPO besteht, ist zu erörtern. Des Weiteren wird auf die Versagungstatbestände des § 477 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 StPO eingegangen.

Schutzwürdige Interessen der von der Auskunftserteilung oder Akteneinsicht Betroffenen sind das Interesse am Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen und der Intimsphäre⁹⁹¹ sowie das Interesse an der Wahrung der Unschuldsvermutung. Die schutzwürdigen Interessen werden im Rahmen von § 475 Abs. 1 S. 2 StPO berücksichtigt, wo es heißt: „Auskünfte sind zu versagen, *wenn* der hiervon Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an der Versagung hat.“ Im Gegensatz dazu lautet § 406e Abs. 2 S. 1 StPO: „Die Einsicht in die Akten ist zu versagen, *soweit überwiegende* schutzwürdige Interessen des Beschuldigten oder anderer Personen entgegenstehen.“ Aus dem Unterschied im Wortlaut ließe sich folgern, dass im Falle von § 475 StPO für eine Versagung ein Überwiegen der schutzwürdigen Interessen des Betroffenen gegenüber den Interessen des Antragstellers nicht erforderlich ist.⁹⁹² Es genüge das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses; schon der bloße Interessenkonflikt führe zwingend zur Versagung, ohne dass es einer Abwägung bedürfe.⁹⁹³ Dies folge nicht nur aus dem Wortlaut, sondern rechtfertige sich auch aus dem Unterschied zwischen einem Verletzten und einer Privatperson oder sonstigen Stelle: Der Betroffene sei „gegenüber dem Verletzten weniger schutzbedürftig (...) als gegenüber einem ‚Außenstehenden‘“⁹⁹⁴ und ein Gleichlauf der §§ 406e Abs. 2 S. 1 und 475 Abs. 1 S. 2 StPO würde die dem Verletzten zugedachte Privilegierung im Rahmen der Akteneinsichtsrechte konterkarieren.⁹⁹⁵ Diese Argumente verfangen nicht, wenn der Antragsteller nach § 475 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 49b OWiG ein Rechtsanwalt in seiner Funk-

⁹⁹⁰ Siehe oben § 4 III 1.

⁹⁹¹ Gemählich in: KMR StPO, § 475, Rn. 5; Meyer-Goßner/Schmitt, § 475, Rn. 3.

⁹⁹² Wittig in: BeckOK StPO, § 475, Rn. 10; Hilger in: Löwe/Rosenberg StPO, § 475, Rn. 7.

⁹⁹³ Hilger in: Löwe/Rosenberg StPO, § 475, Rn. 7.

⁹⁹⁴ Hilger in: Löwe/Rosenberg StPO, § 475, Rn. 7.

⁹⁹⁵ Koch, S. 297.

tion als Organ der Rechtspflege ist. Zum einen ist der Betroffene ihm gegenüber genauso wenig schutzbedürftig wie gegenüber einem einzelnen Verletzten, denn der Rechtsanwalt vertritt potentiell eine Vielzahl von Verletzten und ist darüber hinaus mitverantwortlich für die Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung. Zum anderen befindet sich auch der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege in einer privilegierten Position, da ihm in Folge des Rechts auf effektiven Rechtsschutz und des Effektivitätsgrundsatzes eine besondere Rolle bei der privaten Kartellrechtsdurchsetzung zugedacht ist. Auch der Wortlaut bildet keine absolute Grenze: „Die Auffassung, schon das Bestehen eines Interessenkonflikts führe für sich genommen zwingend zur Versagung, findet im Gesetz keine Stütze.“⁹⁹⁶ Deshalb ist auch im Rahmen von § 475 Abs. 1 S. 2 StPO die Auskunft nur zu versagen, wenn das schutzwürdige Interesse des Betroffenen das berechtigte Interesse des Antragstellers überwiegt.⁹⁹⁷ Anerkannt ist auch, dass im Einzelfall zu prüfen ist, ob der Konflikt zwischen schutzwürdigen Geheimhaltungs- und berechtigten Informationsinteressen durch eine teilweise Akteneinsicht gelöst werden kann.⁹⁹⁸ Also werden Auskunft oder Akteneinsicht nur versagt, *soweit* der hiervon Betroffene ein *überwiegendes* schutzwürdiges Interesse an der Versagung hat. Folglich werden im Rahmen der Einsicht des Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege in die Akten der Kartellbehörden nach § 475 Abs. 1 StPO i.V.m. § 49b OWiG Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse entsprechend den Vorschriften über den Informationszugang von Kartellgeschädigten nach § 406e StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 2.Hs. OWiG geschützt. Dies entspricht den oben formulierten Mindesttatbestandsmerkmalen.⁹⁹⁹

Daneben *sind* Auskünfte aus Akten und Akteneinsicht *zu versagen, wenn* der Übermittlung Zwecke des Bußgeldverfahrens, auch die Gefährdung des Untersuchungszwecks in einem anderen Bußgeldverfahren, entgegenstehen, § 477 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 49b Nr. 3 OWiG. Vorab zu bemerken ist, dass im Rahmen dieses Versagungstatbestandes Auskunft und Akteneinsicht *versagt werden können*,¹⁰⁰⁰ *wenn* dies zu unver-

⁹⁹⁶ Gieg in: KK StPO, § 475, Rn. 6; so auch Gemählich in: KMR StPO, § 475, Rn. 5.

⁹⁹⁷ Pfeiffer, Strafprozessordnung. Kommentar, 5. Aufl., § 475, Rn. 1; Gieg in: KK StPO, § 475, Rn. 6; Lampe in: KK OWiG, § 49b, Rn. 12.

⁹⁹⁸ Gieg in: KK StPO, § 475, Rn. 6; Hilger in: Löwe/Rosenberg StPO, § 475, Rn. 6; Lampe in: KK OWiG, § 49b, Rn. 12.

⁹⁹⁹ Siehe oben § 4 III 1.

¹⁰⁰⁰ Die Behörden haben einen weitgehenden Beurteilungsspielraum, siehe Hilger in: Löwe/Rosenberg StPO, § 477, Rn. 3; so auch Wittig in: BeckOK StPO, § 477, Rn. 3.

hältnismäßigen Verfahrensverzögerungen oder zu einer erheblichen oder überflüssigen Belastung der ersuchten Behörde führen würde.¹⁰⁰¹ Damit entspricht die Regelung dem Versagungstatbestand des § 406e Abs. 2 S. 3 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 2. Hs. OWiG im Rahmen des Informationsanspruchs des Kartellgeschädigten. Ebenso stimmt es mit den oben formulierten Mindestanforderungen an einen eigenständigen Informationsanspruch des Rechtsanwalts überein, wo zum Schutze der Ermittlungstätigkeit der Kartellbehörden und zur Vermeidung erheblicher Verfahrensverzögerungen der Informationsanspruch teilweise versagt werden kann.¹⁰⁰² Darüber hinaus könnte § 477 Abs. 2 S. 1 StPO i.V.m. § 49b OWiG in seiner Variante „Gefährdung des Untersuchungszwecks in einem anderen Bußgeldverfahren“ den Kartellbehörden dazu dienen, die Auskunft über oder die Einsicht in Kronzeugenunterlagen zu verweigern. Allerdings hat das OLG Hamm entschieden, dass zur Versagung nach § 477 Abs. 2 S. 1 StPO „die rein theoretische und abstrakte Möglichkeit, dass durch eine Übermittlung des Kronzeugenantrages oder des Teils der vertraulichen Fassung des Bescheids der Kommission die zukünftige Kooperationsbereitschaft potentieller Kartellanten herabgesetzt würde, mit der weiteren möglichen Folge, dass die Effektivität der Kartellverfolgung wesentlich verringert würde,“ nicht ausreiche, sondern es vielmehr einzelfallbezogener Gründe bedürfe.¹⁰⁰³ Mit einem pauschalen Hinweis auf den Schutz der Effektivität des Kronzeugenprogramms können Auskunft oder Akteneinsicht jedenfalls nicht verweigert werden. Da dies auch für die Regelung in § 406e Abs. 2 S. 2 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 2. Hs. OWiG gilt,¹⁰⁰⁴ laufen die Schutzmechanismen zu Gunsten der Kronzeugenprogramme bei den Ansprüchen der Kartellgeschädigten und der Rechtsanwälte gleich. Dies entspricht auch der Konzeption im fiktiven Mindesttatbestand.¹⁰⁰⁵

Über § 49b OWiG ebenfalls anwendbar sind die Versagungstatbestände des § 477 Abs. 3 StPO,¹⁰⁰⁶ die im Rahmen von § 475 StPO zu beachten sind.¹⁰⁰⁷ Hiernach dürfen

¹⁰⁰¹ Lampe in: KK OWiG, § 49b, Rn. 20; Pfeiffer, § 477, Rn. 2; Meyer-Goßner/Schmitt, § 477, Rn. 3; Wittig in: BeckOK StPO, § 477, Rn. 3.1; Hilger in: Löwe/Rosenberg StPO, § 477, Rn. 3.

¹⁰⁰² Siehe oben § 4 III 1.

¹⁰⁰³ OLG Hamm Beschluss vom 26.11.2013, III - 1 VAs 116/13 - 120/13 und 122/13 = OLG Hamm NZKart 2014, 107, 110.

¹⁰⁰⁴ Siehe oben § 3 I 2 b) (ii).

¹⁰⁰⁵ Siehe oben § 4 III 1.

¹⁰⁰⁶ Seitz in: Göhler OWiG, § 49b, Rn. 6.

¹⁰⁰⁷ Wittig in: BeckOK StPO, § 475, Rn. 10.

in Verfahren, in denen der Angeklagte freigesprochen, die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt oder das Verfahren eingestellt wurde (Nr. 1) oder die Verurteilung nicht in ein Führungszeugnis für Behörden aufgenommen wird und seit der Rechtskraft der Entscheidung mehr als ein Jahr verstrichen ist (Nr. 2 i.V.m. § 49b Nr. 4 OWiG), Auskünfte aus den Akten und Akteneinsicht an nichtöffentliche Stellen, wie etwa den Rechtsanwalt, nur gewährt werden, wenn ein rechtliches Interesse an der Kenntnis der Information glaubhaft gemacht ist und der frühere Beschuldigte kein schutzwürdiges Interesse an der Versagung hat.

Zunächst fragt sich, welche Tatbestandsalternativen sinngemäß Anwendung finden können, wenn ein Rechtsanwalt Auskunft oder Akteneinsicht bei den Kartellbehörden beantragt. Sodann müssen ihre Auswirkungen geklärt werden.

Die Tatbestandsalternativen der Nr. 1 – Freispruch, Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens, Einstellung des Verfahrens – entsprechen im Kartellordnungswidrigkeitenverfahren dem Aufhebungs- oder Feststellungsbeschluss des Beschwerdegerichts nach § 71 Abs. 2 GWB und der Einstellung des Ermittlungsverfahrens durch die Kartellbehörde nach §§ 32b Abs. 1 S. 2 oder 32c GWB.¹⁰⁰⁸ Man könnte hinterfragen, ob eine Einstellung im Zusammenhang mit einer Verpflichtungszusage nach § 32b Abs. 1 S. 2 GWB den erhöhten Schutz nach § 477 Abs. 3 Nr. 1 StPO i.V.m. § 49b OWiG auslöst. Immerhin bedeutet dies im Gegensatz zu einer Einstellung nach § 32c GWB (Kein Anlass zum Tätigwerden) nicht, dass die Voraussetzungen für ein Verbot nach den §§ 1, 19 bis 21 und 29 GWB oder nach Artt. 101f. AEUV nicht gegeben waren. Das Unternehmen, gegen das sich das Verfahren richtete, hat vielleicht eine Kartellordnungswidrigkeit begangen. Deshalb – so könnte man meinen – verdiene es nicht, gegenüber anderen von Auskunft oder Akteneinsicht Betroffenen privilegiert zu werden. Jener Sicht ist jedoch nicht zu folgen, denn § 477 Abs. 3 Nr. 1 StPO selbst unterscheidet auch nicht danach, ob ein Verfahren nach § 170 Abs. 2 StPO wegen des Fehlens eines genügenden Anlasses zur Erhebung der öffentlichen Klage eingestellt wird oder eine Einstellung nach den §§ 153 (wegen Geringfügigkeit), 153a (nach Erfüllung von Auflagen), 153b (bei Absehen von Strafe) erfolgt. Ein Vergleich zur Nr. 2 des § 477 Abs. 3 StPO bestätigt dies, denn selbst Verurteilte können in den Genuss höheren

¹⁰⁰⁸ „Die endgültige Rückgabe der Sache durch das Gericht an die Verwaltungsbehörde gemäß § 69 Abs. 5 Satz 2 OWiG entspricht der Nichteröffnung des Hauptverfahrens nach § 204 StPO,“ siehe Lampe in: KK OWiG, Im Kartellordnungswidrigkeitenverfahren findet der Nichteröffnungsbeschluss allerdings kein Pendant.

Schutzes kommen. § 477 Abs. 3 Nr. 1 StPO findet also auch im Kartellordnungswidrigkeitenverfahren Anwendung. Ebenso Nr. 2: Kartellordnungswidrigkeiten werden nicht in das Führungszeugnis übernommen, vgl. §§ 3 Nr. 3, 10, und 32 Abs. 3, 4 BZRG. Sofern seit der Rechtskraft der Entscheidung mehr als ein Jahr verstrichen ist, vgl. § 49b OWiG, greift somit auch Nr. 2.

Ist ein Fall nach Nr. 1 oder Nr. 2 gegeben, dürfen nichtöffentlichen Stellen, wie dem Rechtsanwalt, Auskünfte und Akteneinsicht nur gewährt werden, wenn ein rechtliches Interesse an der Kenntnis der Information glaubhaft gemacht ist und der frühere Beschuldigte kein schutzwürdiges Interesse an der Versagung hat. Damit wird der Informationsanspruch stark beschnitten: Es muss ein rechtliches – also nicht lediglich tatsächliches, wirtschaftliches oder ideelles Interesse¹⁰⁰⁹ – nicht nur dargelegt, sondern glaubhaft gemacht werden.¹⁰¹⁰ Ein rechtliches Interesse besteht, wenn formal eingeräumte Rechte wahrgenommen werden sollen.¹⁰¹¹ Das wirtschaftliche Interesse des Rechtsanwalts an der Akquise neuer Mandate ist mithin nicht berücksichtigungsfähig. Dies ist verständlich. Auf dem Rücken von „außer Verfolgung gesetzten Betroffenen“¹⁰¹² sollen nicht bloße Geschäftsinteressen vorangetrieben werden. Hingegen das Interesse an der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen nach § 33 Abs. 3 GWB, welches sich der Rechtsanwalt in seiner Funktion als Organ der Rechtspflege zu eigen macht, berechtigt weiterhin zu Auskünften und Akteneinsicht. Ein zulässiges rechtliches Interesse an der Akteneinsicht besteht mithin. Der Verweis auf die schutzwürdigen Interessen des von Auskunft oder Akteneinsicht Betroffenen hat gegenüber § 475 Abs. 1 S. 2 StPO keine eigenständige Bedeutung, sondern ist eine bloße Doppelregelung.¹⁰¹³ Im Ergebnis verwehrt § 477 Abs. 3 i.V.m. § 49b OWiG bei Vorliegen einer Tatbestandsalternative nur die Berufung auf das wirtschaftliche Interesse des Rechtsanwalts. Auskunftserteilung und Akteneinsicht in Hinblick auf die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen nach § 33 Abs. 3 GWB kann hiernach nicht versagt werden.

¹⁰⁰⁹ Wittig in: BeckOK StPO, § 477, Rn. 8; Hilger in: Löwe/Rosenberg StPO, § 477, Rn. 15.

¹⁰¹⁰ Meyer-Goßner/Schmitt, § 477, Rn. 13; Hilger in: Löwe/Rosenberg StPO, § 477, Rn. 15.

¹⁰¹¹ Lampe in: KK OWiG, § 49b, Rn. 21; Wittig in: BeckOK StPO, § 477, Rn. 8.

¹⁰¹² Deren besonderes Schutzbedürfnis ist Sinn und Zweck der Regelung des § 477 Abs. 3 i.V.m. § 49b OWiG, siehe Lampe in: KK OWiG, § 49b, Rn. 21.

¹⁰¹³ Hilger in: Löwe/Rosenberg StPO, § 477, Rn. 15.

Festzuhalten ist hiernach, dass der eigenständige Informationsanspruch des Rechtsanwalts nach § 475 Abs. 1 S. 1 StPO versagt werden kann, soweit überwiegende schutzwürdige Interessen der von Auskunft oder Akteneinsicht betroffenen oder anderen Personen entgegenstehen, § 475 Abs. 1 S. 2 StPO oder soweit Beeinträchtigungen der Ermittlungstätigkeit, erhebliche Verfahrensverzögerungen oder eine konkrete Gefahr für ein anderes Bußgeldverfahren drohen, § 477 Abs. 2 S. 1 StPO (jeweils i.V.m. § 49b OWiG). In den Fällen des § 477 Abs. 3 StPO ist nur eine Berufung auf das rechtliche Interesse an der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen nach § 33 Abs. 3 GWB, nicht hingegen auf das wirtschaftliche Interesse des Rechtsanwalts an der Mandatsgewinnung möglich.

(f) *Ermessensreduktion*

Dem Wortlaut nach handelt es sich um eine Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen.¹⁰¹⁴ Es *kann* Auskunft, § 475 Abs. 1 S. 1 StPO, und es *kann* Akteneinsicht, § 475 Abs. 2 StPO, gewährt werden. Bereits anerkannt ist, dass auf Grund der im Rahmen der Versagungsgründe vorgenommen Interessenprüfung kaum wesentliche Ermessenskriterien für eine Abwägung verbleiben.¹⁰¹⁵ Im Falle eines Antrags eines Rechtsanwalts, der in seiner Funktion als Organ der Rechtspflege Auskunft oder Akteneinsicht begehrt, um zu klären, ob Schadensersatzansprüche Dritter wegen Verstößen gegen Artt. 101, 102 AEUV oder entsprechende nationale Vorschriften bestehen oder um Informationen zur Darlegung oder dem Beweis solcher Schadensersatzansprüche zu sammeln, reduziert sich das Ermessen der Kartellbehörden auf Null. Das Recht auf effektiven Rechtsschutz und der Effektivitätsgrundsatz verlangen nämlich das Bestehen eines solchen Informationsanspruches.¹⁰¹⁶ Dies bedeutet auch, dass die Wahrnehmung des Anspruches nicht in das Ermessen der Kartellbehörde gestellt werden darf. Eine Ermessensreduktion auf Null ist auch ein zulässiges Mittel, mitgliedstaatliches Recht europarechtskonform¹⁰¹⁷ und einfaches Recht verfassungskonform anzuwenden. Sind die Voraussetzungen des Anspruchs erfüllt und greifen keine Versagungsgründe, so *ist* dem Rechtsanwalt Auskunft zu erteilen oder Akteneinsicht zu gewähren.

¹⁰¹⁴ Wittig in: BeckOK StPO, § 475, Rn. 9, 11.

¹⁰¹⁵ Hilger in: Löwe/Rosenberg StPO, § 475, Rn. 9; zustimmend Wittig in: BeckOK StPO, § 475, Rn. 9.

¹⁰¹⁶ Siehe oben § 4 II 4 und 5.

¹⁰¹⁷ Am Beispiel der Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen von Bogdandy/Schill in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EU-Kommentar, Art. 4 EUV, Rn. 87.

(g) *Zweckentsprechende Verwendung*

§ 477 Abs. 5 S. 1 StPO regelt die Verwendung der erlangten personenbezogenen Daten. Personenbezogene Daten sind jedenfalls Einzelangaben über persönliche und sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person.¹⁰¹⁸ Zumeist personenbezogen sind z.B. tatsächliche Anhaltspunkte, Tatsachen, Umstände, persönliche Verhältnisse und Verdachtsgründe.¹⁰¹⁹ Über § 49b OWiG findet § 477 Abs. 5 S. 1 StPO im Kartellordnungswidrigkeitenverfahren sinngemäß Anwendung. Hier sind vornehmlich Unternehmen Verfahrensbeteiligte. Der Begriff der personenbezogenen Daten muss auch Einzelangaben über persönliche und sachliche Verhältnisse einer bestimmten und bestimmbaren juristischen Person umfassen. Denn so wie die Regelung des § 475 Abs. 5 S. 1 StPO dem effektiven Schutz des Persönlichkeitsrechts dient,¹⁰²⁰ so müssen auch Unternehmen geschützt werden. Dem Schutz des Persönlichkeitsrechts natürlicher Personen entsprechen nämlich u.a. der Schutz des guten Rufs in wirtschaftlicher oder sonstiger Hinsicht für juristische Personen¹⁰²¹ und der Schutz vor Ausspähung und Weitergabe von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen.¹⁰²² Damit wird ein überwiegender Teil der in den kartellbehördlichen Akten befindlichen Daten personenbezogen im Sinne von § 477 Abs. 5 S. 1 i.V.m. § 49b OWiG sein. In ihrer Verwendung ist der Rechtsanwalt gebunden.

Wie bereits ausgeführt,¹⁰²³ steht es in Einklang mit § 477 Abs. 5 S. 1 i.V.m. § 49b OWiG, wenn der Rechtsanwalt die erlangten personenbezogenen Daten zur Werbung um Mandate verwendet. Allerdings darf er nur um Mandate werben, welche die Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen zum Gegenstand haben, denn nur zu diesem Zwecke ist ihm Auskunft erteilt oder Akteneinsicht gewährt worden. Stößt er zufällig auf Informationen, die zu einer Mandatierung in einer anderen Angelegenheit Anlass geben könnten, richtet sich die Zulässigkeit der Verwendung nach § 477 Abs. 5 S. 2 i.V.m. § 49b OWiG. Dies ist dann im Einzelfall zu beurteilen.

Im Zusammenspiel mit der daneben geltenden Verschwiegenheitspflicht, § 43a Abs. 2 BRAO, § 2 BORA, verpflichtet § 477 Abs. 5 S. 1 i.V.m. § 49b OWiG den Rechtsanwalt zu einem zweckentsprechenden und sorgsamem Umgang mit den erlangten Daten. Dies

¹⁰¹⁸ Mit Verweis auf § 3 Abs. 1 BDSG Hilger in: Löwe/Rosenberg StPO, Vor § 483, Rn. 11.

¹⁰¹⁹ Hilger in: Löwe/Rosenberg StPO, Vor § 483, Rn. 9.

¹⁰²⁰ Hilger in: Löwe/Rosenberg StPO, Vor § 483, Rn. 10.

¹⁰²¹ Di Fabio in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Losebl.-Ausg., Art. 2, Rn. 224.

¹⁰²² Di Fabio in: *Maunz/Dürig* GG, Art. 2, Rn. 225.

¹⁰²³ Siehe oben § 4 III 2 a).

entspricht auch den Vorstellungen, wie sie im fiktiven Tatbestand formuliert wurden.¹⁰²⁴

(h) Zwischenergebnis

§ 475 StPO i.V.m. § 49b OWiG gewährt dem Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege einen eigenständigen Anspruch auf Auskunft und Akteneinsicht gegenüber den Kartellbehörden. Die hieraus erlangten Informationen darf er zur Werbung von Mandaten nutzen, welche die Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen zum Gegenstand haben. Der Anspruch nach § 475 StPO i.V.m. § 49b OWiG entspricht nach noch zulässiger Auslegung einiger Tatbestandsmerkmale und Versagungsgründe den Vorgaben, die das Recht auf effektiven Rechtsschutz und der Effektivitätsgrundsatz setzen.

(iv) § 1 Abs. 1 S. 1 IFG und entsprechendes Landesrecht

Gemäß § 1 Abs. 3 IFG gehen Regelungen in anderen Rechtsvorschriften über den Zugang zu amtlichen Informationen mit Ausnahme des § 29 VwVfG und des § 25 SGB X vor. Hinsichtlich der Akten aus den Ordnungswidrigkeitenverfahren tritt demnach der Anspruch nach § 1 Abs. 1 S. 1 IFG hinter den Anspruch aus § 475 StPO i.V.m. § 49b OWiG zurück. Begehrt der Rechtsanwalt Zugang zu Informationen des Bundeskartellamts, die sich außerhalb der Bußgeldverfahrensakten finden, steht ihm ein Anspruch aus § 1 Abs. 1 S. 1 IFG zu, da insoweit nicht die Sperrwirkung von § 1 Abs. 3 IFG gilt. Da das IFG nicht nach dem Antragsteller oder dessen Beweggründen unterscheidet, gilt hinsichtlich der Ausnahmetatbestände das oben Geschriebene.¹⁰²⁵ In Anbetracht der mannigfaltigen Möglichkeiten, den Zugang zu Informationen zu verwehren, erweist sich das IFG auch für den Rechtsanwalt als stumpfes Schwert.

Theoretisch ist denkbar, dass ein Rechtsanwalt zur Prüfung, ob Schadensersatzansprüche wegen kartellrechtswidrigen Verhaltens bestehen oder um zur Darlegung oder dem Beweis derartiger Ansprüche Informationen zu sammeln, unbedingt (auch) Einsicht in die Akten des Bundeskartellamts nehmen muss, die nicht Bußgeldverfahrensakten sind. In diesen Fällen müssen die Versagungstatbestände des IFG europarechts- und grundgesetzkonform ausgelegt werden. Der Informationszugang kann dann nicht allein auf Grund der Möglichkeit nachteiliger Auswirkungen auf die Kon-

¹⁰²⁴ Siehe oben § 4 III 1.

¹⁰²⁵ Siehe oben § 3 I 2 d).

troll- oder Aufsichtsaufgaben des Bundeskartellamts oder auf die Durchführung ordnungswidrigkeitsrechtlicher Ermittlungen oder zum Schutze von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen versagt werden. Es bedarf einer Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung von Kartellschadensersatzklagen. Eine solche Abweichung vom Wortlaut bewegt sich noch im Rahmen der zulässigen Auslegung. Für die Ansprüche nach den Informationsfreiheitsgesetzen der Länder gilt entsprechendes.

(v) § 29 VwVfG

Im (Kartell-)Verwaltungsverfahren gewährt § 29 VwVfG ein Akteneinsichtsrecht, allerdings nur den am Verfahren Beteiligten.¹⁰²⁶ Das BVerwG stellt klar: „Eine analoge Anwendung des § 29 VwVfG durch Ausdehnung des Begriffs des Verfahrensbeteiligten auf den Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege ist nach dem eindeutigen Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift nicht möglich.“¹⁰²⁷ § 29 VwVfG scheidet demnach aus.

(vi) Anspruch nach pflichtgemäßem Ermessen

Soweit es nach geschriebenem Recht keinen Anspruch auf Informationszugang gibt, steht einem Antragsteller, der Auskunft oder Akteneinsicht begehrt, ein ungeschriebener Anspruch auf ermessensfehlerfreie behördliche Entscheidung zu, der sich aus Treu und Glauben oder aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt.¹⁰²⁸ Dieser kann vor allem für nicht am Verfahren Beteiligte von Bedeutung sein, die aber ein berechtigtes Interesse nachweisen müssen.¹⁰²⁹ Unabhängig von der Frage, ob für ein Akteneinsichtsrecht unbeteiligter Dritter außerhalb des IFG nach dessen Inkrafttreten noch Raum verbleibt,¹⁰³⁰ würde ein derart ungeschriebener Anspruch nur gewährt, soweit es nach geschriebenem Recht keinen Informationsanspruch gibt. Ansprüche bestehen allerdings nach § 475 StPO i.V.m. § 49b OWiG und § 1 Abs. 1 S. 1 IFG. Jedenfalls auf Grund seiner Subsidiarität findet der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung keine Anwendung.

¹⁰²⁶ Schneider in: Langen/Bunte Kartellrecht Bd. 1, § 56, Rn. 11.

¹⁰²⁷ BVerwG Beschluss vom 10.02.1981, 7 B 26/81 = BVerwG NJW 1981, 2270.

¹⁰²⁸ Schoch, Einl., Rn. 27.

¹⁰²⁹ Schoch, Einl., Rn. 27.

¹⁰³⁰ Dagegen Schmidt/Bach in: Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht, Bd. 2, § 56, Rn. 13.

c) Ergebnis

Den aus dem Recht auf effektiven Rechtsschutz und dem Effektivitätsgrundsatz folgenden Vorgaben kann unter der derzeitigen Rechtslage Rechnung getragen werden. Dem Rechtsanwalt in seiner Funktion als Organ der Rechtspflege steht sowohl gegenüber der Europäischen Kommission als auch gegenüber den deutschen Kartellbehörden ein eigenständiger Informationsanspruch zu. Im Falle der Dokumente der Kommission verschafft ihm Art. 2 Abs. 1 TransparenzVO Zugang. Die TransparenzVO schützt gemäß Art. 4 Abs. 2 1. und 3. Spiegelstrich die geschäftlichen Interessen und den Zweck von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten. Regelmäßig wird jedoch das öffentliche Interesse an einer effektiven privaten Kartellrechtspflege überwiegen, dessen Potential unter gleichzeitiger, größtmöglicher Wahrung der Vertraulichkeit nur der unabhängige Rechtsanwalt zur Entfaltung bringen kann. Gegenüber den deutschen Kartellbehörden kann er sich auf § 475 StPO i.V.m. § 49b OWiG berufen. Hiernach steht ihm ein Recht auf Auskunft aus den kartellbehördlichen Akten zu (Abs. 1). Da er regelmäßig wird darlegen können, dass dies zur Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche nicht ausreicht, steht ihm daneben ein Anspruch auf Akteneinsicht zu (Abs. 2). Entgegen des eigentlichen Wortlautes, aber noch im Rahmen zulässiger Auslegung, kann der Anspruch nur versagt werden, soweit überwiegende schutzwürdige Interessen der von Auskunft oder Akteneinsicht betroffenen oder anderer Personen entgegenstehen, § 475 Abs. 1 S. 2 StPO oder soweit Beeinträchtigungen der Ermittlungstätigkeit, erhebliche Verfahrensverzögerungen oder eine konkrete Gefahr für ein anderes Bußgeldverfahren drohen, § 477 Abs. 2 S. 1 StPO (jeweils i.V.m. § 49b OWiG). In der Regel werden diese entgegenstehenden Interessen das Interesse an der Durchsetzung der Kartellschadensersatzansprüche nicht überwiegen. Die europarechtlichen und grundgesetzlichen Vorgaben machen § 475 StPO i.V.m. § 49b OWiG schließlich zu einer gebundenen Entscheidung, denn die Anspruchsgewährung darf nicht im Ermessen der Behörde stehen. Für Auskünfte aus und Einsicht in Akten, die nicht Bußgeldverfahrensakten sind, steht dem Rechtsanwalt ein Anspruch nach § 1 Abs. 1 S. 1 IFG zu.

§ 5 Wesentliche Ergebnisse

Die vorliegende Arbeit sollte zeigen, dass es zu einer breiteren Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen kartellrechtswidrigem Verhalten eines eigenstän-

digen Informationsanspruchs des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege bedarf, und zwar sowohl aus tatsächlicher Notwendigkeit, als auch auf Grund europarechtlicher und grundgesetzlicher Vorgaben. Anhand jener Vorgaben wurde erörtert, wie ein solcher Anspruch mindestens beschaffen sein müsste. Die Untersuchung bestehender Dokumentenzugangs-, Auskunft- und Akteneinsichtsansprüche ergab, dass bereits nach geltender Rechtslage dem Rechtsanwalt ein den Mindestanforderungen entsprechender Informationsanspruch gegenüber der Europäischen Kommission und den deutschen Kartellbehörden zusteht. Die Interpretation der betreffenden Tatbestände nimmt hierbei die europarechtlichen und grundgesetzlichen Vorgaben auf und bewegt sich innerhalb zulässiger Auslegung.

Daneben wurde ein Vorschlag unterbreitet, wie der Informationsanspruch über die Mindestvorgaben hinaus ausgestaltet werden könnte.

Die Ergebnisse der Arbeit seien in Form von 30 Thesen zusammengefasst.

(1) Trotz intensiver Verfolgungstätigkeit der europäischen und deutschen Kartellbehörden, entstehen durch Kartelle und Marktbeherrschungsmissbräuche weiterhin jährlich immense Schäden für die Volkswirtschaft und die einzelnen Marktteilnehmer. Obwohl jedem Geschädigten ein Schadensersatzanspruch zusteht, werden längst nicht alle Schäden kompensiert.

(2) Als Gründe für das Durchsetzungsdefizit genannt werden die Sorge um gefestigte Geschäftsbeziehungen, zu langes Warten bis hin zum Verjährungseintritt und die Unzulänglichkeiten des internationalen Privatrechts. Das Hauptproblem besteht jedoch in der Informationsasymmetrie von Schädiger und Geschädigten. Die zur Substantiierung seines Schadensersatzanspruches erforderlichen Informationen befinden sich in den Händen der Schädiger oder Dritter, insbesondere der Kartellbehörden (Europäische Kommission, Bundeskartellamt, Landeskartellämter, Bundeswirtschaftsministerium). Der potentielle Schadensersatzkläger leidet somit an einem strukturellen Informationsdefizit.

(3) In den nicht veröffentlichten Akten der Kartellbehörden können sich Informationen befinden, welche Geschädigte zu identifizieren und deren Schadensersatzansprüche zu begründen helfen. Zur Lösung des Problems der Informationsasymmetrie

müssen dem Kartellgeschädigten Dokumentenzugang-, Akteneinsichts- und Auskunftsansprüche (Informationsansprüche) gegenüber den Kartellbehörden zustehen.

(4) Informationslücken können mit Hilfe von Einsichtnahme in Akten der Kartellbehörden geschlossen werden. Zur Darlegung und ggf. Beweis der einzelnen Tatbestandsmerkmale des Schadensersatzanspruchs nach § 33 Abs. 1, 3 S. 1 GWB haben alle potentiellen Anspruchsberechtigten Informationsbedürfnisse. Informationen werden hauptsächlich zum Nachweis des Verstoßes, der Stellung als Betroffener und des kausalen Schadens sowie der Schadenshöhe benötigt. Die erforderlichen Kenntnisse über die Identität der Anspruchsgegner, die räumliche Ausdehnung eines Kartells, die Marktstruktur, die Wettbewerbssituation, das Marktverhalten der Teilnehmer, die Absatzmärkte, -ketten und -zahlen sowie Umsatzerlöse, Herstellungs- und Betriebskosten finden sich in den Akten der Kartellbehörden, etwa im Volltext der Bußgeldentscheidung, in den Akten laufender Bußgeld- oder Untersagungsverfahren, aber auch in Akten anderer Verfahren, z.B. bei Sektoruntersuchungen oder Fusionskontrollverfahren. Da ein Großteil der benötigten Informationen nicht öffentlich verfügbar ist, kann der Anspruchsteller sie nur im Wege der Akteneinsicht bei den Kartellbehörden erlangen. Die Akteneinsicht bei den Kartellbehörden ist zur Substantiierung des Schadensersatzanspruchs nach § 33 Abs. 1, 3 Satz 1 GWB somit notwendig.

(5) Sowohl gegen die Europäische Kommission als auch gegen die deutschen Kartellbehörden steht dem Kartellgeschädigten ein Informationsanspruch zu.

(6) Will der Kartellgeschädigte Zugang zu den Dokumenten der Europäischen Kommission, kann er sich auf Art. 2 Abs. 1 TransparenzVO berufen. Während die Ausnahme vom Zugangsanspruch zum Schutze der Wirtschaftspolitik der Union, Art. 4 Abs. 1 lit. a 3. Spiegelstrich TransparenzVO, nicht eingreift, wird der Kartellgeschädigte regelmäßig mit Art. 4 Abs. 2 1. Spiegelstrich (Schutz geschäftlicher Interessen) und Art. 4 Abs. 2 3. Spiegelstrich (Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten) konfrontiert sein. Das private Interesse an der Durchsetzung seines Kartellschadensersatzanspruches kann der kartellgeschädigte Antragsteller nicht in die Waagschale werfen. Berücksichtigungsfähig ist das öffentliche Interesse an einer funktionierenden privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Dieses überwiegt jedoch nur

selten das ebenfalls öffentliche Interesse an einer effektiven behördlichen Verfolgung kartellrechtswidrigen Verhaltens.

(7) Möchte der Kartellgeschädigte Einsicht in die Akten der Ordnungswidrigkeitenverfahren beim Bundeskartellamt oder einem Landeskartellamt nehmen, so kann er dies mit Hilfe eines Rechtsanwalts auf der Grundlage von § 406e Abs. 1 S. 1 i.V.m. 46 Abs. 1, 3 S. 4 2. Hs. OWiG tun. Auch dieser Anspruch unterliegt Einschränkungen. Den schutzwürdigen Interessen der von der Einsicht Betroffenen und Dritter wird in § 406e Abs. 2 S. 1 StPO Rechnung getragen. Der Untersuchungszweck des Ordnungswidrigkeitenverfahrens wird über § 406e Abs. 2 S. 2 StPO geschützt, wobei die Akteneinsicht zum Schutze anderer Verfahren nur bei konkreter Gefährdung verwehrt werden kann, nicht jedoch mit dem Hinweis auf eine generelle Gefährdung der Bonusregelung. Schließlich kann die Akteneinsicht verweigert werden, wenn diese zu einer erheblichen Verfahrensverzögerung führen würde, § 406e Abs. 2 S. 3 StPO. Betreffend Akten des Bundeskartellamts, die nicht Akten eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens sind, und Akten des Bundeswirtschaftsministeriums, welche ein Fusionskontrollverfahren nach § 42 GWB betreffen, hat der Kartellgeschädigte einen Informationsanspruch nach § 1 Abs. 1 S. 1 IFG. Dieser unterliegt weitreichenden Einschränkungen. Oft wird auf Grund von § 3 Nr. 1 lit d und g IFG (Schutz der Kontroll- oder Aufsichtsaufgaben der Wettbewerbsbehörden und der Durchführung ordnungswidrigkeitsrechtlicher Ermittlungen), § 3 Nr. 4 IFG i.V.m. § 30 VwVfG und § 6 S. 2 IFG (Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen) die Auskunft oder Einsicht, zumindest teilweise, versagt werden. Für Informationsersuchen an die Landeskartellbehörden, die nicht Akten der Ordnungswidrigkeitenverfahren betreffen, gilt das jeweilige Informationsfreiheitsgesetz des Landes.

(8) Sowohl das EU-Primärrecht als auch das Grundgesetz bedingen die Existenz von Informationsansprüchen der Kartellgeschädigten gegen mitgliedstaatliche Kartellbehörden und die EU-Kommission bzw. deutsche Kartellbehörden.

(9) Der im EU-Primärrecht verankerte Effektivitätsgrundsatz verlangt, dass ein Informationsanspruch, den sich Kartellgeschädigte zu Nutze machen können, auf mitgliedstaatlicher Ebene bestehen muss. Für die EU-Ebene fordert das Loyalitätsgebot

i.V.m. dem Effektivitätsgrundsatz, Art. 4 Abs. 3 EUV die Schaffung von Dokumentenzugangsrechten für Kartellgeschädigte.

(10) Nicht Voraussetzung ist, dass der Anspruch speziell nur für den Kartellgeschädigten gilt. Auch verlangt das EU-Recht nicht, dass der Antragsteller ein berechtigtes oder gar rechtliches Interesse glaubhaft macht, wie es in manch nationaler Rechtsordnung vonnöten ist. Es steht aber den Mitgliedstaaten frei, den Zugang auf die Akteuteile zu begrenzen, welche dem Interesse des Antragstellers dienen, seinen Schadensersatzanspruch durchzusetzen. Es steht also dem Mitgliedstaat frei, vom Antragsteller die Darlegung zu verlangen, dass seine Einsicht erforderlich ist. Sie ist jedenfalls dann erforderlich, wenn sie die einzige Möglichkeit ist, den Schadensersatzanspruch zu substantiieren, d.h. keine anderen Wege bestehen, die notwendigen Beweise zu beschaffen.

(11) Die Akteneinsicht ist einzuschränken, soweit die entgegenstehenden Interessen der Wettbewerbsbehörden an einem effektiven Kronzeugenprogramm und das Interesse der Verfahrensbeteiligten am Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse das private Interesse des Geschädigten bzw. das öffentliche Interesse an einer wirksamen privaten Kartellrechtsdurchsetzung überwiegen. Nur bei konkreter, absehbarer Beeinträchtigung der gegenläufigen Interessen kann die Akteneinsicht eingeschränkt werden. Das Interesse der Verfahrensbeteiligten, nicht auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden, ist bei dieser Abwägung nicht berücksichtigungsfähig. Grundsätzlich hat die Abwägung im Einzelfall und für jedes Dokument einzeln zu erfolgen (sog. Pflicht zur konkreten und individuellen Prüfung), die Wettbewerbsbehörde darf sich jedoch bei bestimmten Kategorien von Dokumenten auf eine allgemeine Vermutung für das Vorliegen von Weigerungsgründen zum Schutze von Geschäftsgeheimnissen und des Untersuchungsverfahrens stützen. Diese Vermutung kann widerlegt werden. Bei der Abwägung ist auch auf die fortbestehende Unschuldsumutung bei noch nicht rechtskräftiger Entscheidung Rücksicht zu nehmen, d.h. die Berufs- und Geschäftsgeheimnisse der Verfahrensparteien sind besonders zu schützen, wenn gegen die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde noch gerichtlich vorgegangen wird.

(12) Für die deutsche Rechtsordnung verlangt das Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG, in seiner Ausformung des Justizgewährungsanspruchs ein Akteneinsichtsrecht für von Straftaten Verletzten zur Vorbereitung der Wiedergutmachung in Form einer Schadensersatzklage. Diese Forderung des Grundgesetzes lässt sich auf den Kartellgeschädigten übertragen.

(13) Vorgaben für die Ausgestaltung des Tatbestandes lassen sich dem Rechtsstaatsprinzip allerdings kaum entnehmen. Als Leistungsrecht bedarf der Justizgewährungsanspruch der gesetzlichen Ausgestaltung. Zwar muss der Gesetzgeber dabei die Belange aller Betroffenen angemessen gewichten. Das Rechtsstaatsprinzip gibt aber nicht im Einzelnen vor, wie der Widerstreit verschiedener Interessen zu lösen ist. Anforderungen an die Ausgestaltung des Akteneinsichtsrechts, die über die europarechtlich vorgegebenen hinaus gehen, ergeben sich aus einer Betrachtung des deutschen Verfassungsrechts nicht.

(14) Allein mit Hilfe von Informationsansprüchen für Kartellgeschädigte ist das Durchsetzungsdefizit nicht zu beheben. Dies zeigt sich schon daran, dass trotz ihres Bestehens und der Tatsache, dass nicht wenige Geschädigte von ihnen Gebrauch machen, bei weitem nicht alle Schadensersatzansprüche durchgesetzt werden. Das Durchsetzungsdefizit von Kartellschadensersatzansprüchen beruht nicht nur auf dem Informationsgefälle zwischen Schädigern und Geschädigten (Informationsasymmetrie), infolgedessen der Geschädigte den Schadensersatzanspruch auf Grund fehlender Informationen nicht durchzusetzen vermag (Informationsdefizit). Eine große Anzahl von Schadensersatzansprüchen wird auch nicht durchgesetzt, weil viele vom Kartellrechtsverstoß, ihrem Schaden oder ihrem Anspruch nichts wissen. Zudem scheitert eine Durchsetzung kleiner Schäden, insbesondere der durch kartellrechtswidriges Verhalten besonders oft hervorgerufenen Streuschäden, am rationalen Desinteresse. Diese, häufig Endverbraucher treffenden Probleme lassen sich nur mit Hilfe von Instrumenten kollektiven Rechtsschutzes und eines eigenständigen Informationsanspruch für den Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege gegenüber den Kartellbehörden zufriedenstellend lösen.

(15) Eine wichtige Rolle spielen die Mechanismen des kollektiven Rechtsschutzes, da sie Abhilfe für die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Unkenntnis der Verbraucher, dem rationalen Desinteresse und der Streuschäden versprechen. Für die Zwecke der Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen sind jedoch nicht alle Klagearten geeignet. Ab einer Schadenshöhe, die den Aufwand rechtfertigt, aktiv einer Klage beizutreten, kommen die prozessuale Bündelung in einer opt-in Sammelklage oder die materiell-rechtliche Abtretung des Anspruchs an einen Verband zum Zwecke einer opt-in Verbandsklage in Betracht. Die Grenze ist bei 150 € zu ziehen. Darunter ist nur die Geltendmachung der Schäden mittels einer opt-out Verbandsklage zweckmäßig, für die der Verbraucherschutz- oder ein ähnlicher Verband nicht der Einwilligung der einzelnen Betroffenen bedarf. Können die Geschädigten identifiziert werden, soll an sie der Schadensersatz ausgekehrt werden. Insoweit eine Identifizierung nicht möglich ist, ist unter dem Gesichtspunkt der Steuerungsfunktion des Haftungsrechts der Schadensersatz vom Verband einzubehalten.

(16) Aber auch wenn Ansprüche gebündelt geltend gemacht werden können, verbleibt es zunächst beim Informationsgefälle zwischen Schädiger und Geschädigten. Eine Sammel- oder Verbandsklage braucht eine Initialzündung: Die Anspruchslage muss rechtlich bewertet, Geschädigte identifiziert, gesammelt und schließlich nach Wahl der geeigneten Verfahrensform vertreten werden. Dies kann nur mit Hilfe von Informationen aus den Akten der Kartellbehörden gelingen. Ein eigenständiger Informationsanspruch des Rechtsanwalts ist Voraussetzung für die sinnvolle Ausübung kollektiver Rechtsschutzmöglichkeiten. Zu fordern ist deshalb ein eigenständiger Informationsanspruch für Rechtsanwälte als Organe der Rechtspflege gegenüber den Kartellbehörden.

(17) Die Gewähr eines solchen Anspruchs ist im Vergleich zu anderen Mitteln zur Abhilfe der Probleme der Unkenntnis, des rationalen Desinteresses und der Streuschäden nicht nur geeigneter. Der damit verbundene Eingriff in Hinblick auf Rechte und Interessen aller Beteiligten ist auch schonender. Der Informationsanspruch soll dem Rechtsanwalt gewährt werden, nicht nur, weil es effizient ist, wenn eine Stelle den Prozess der Anspruchsdurchsetzung von Anfang bis Ende begleitet. Es ist auch effek-

tiv, denn der Rechtsanwalt hat auf Grund eigener Geschäftsinteressen einen Anreiz, den Informationsanspruch auch wahrzunehmen.

(18) Am stärksten fällt jedoch die Stellung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege ins Gewicht. Diese Stellung wird ihm sowohl im deutschen als auch im europäischen Recht zuteil. Auf Grund dieser unterliegt er der Verschwiegenheitspflicht und bürgt somit für den Schutz geheimhaltungsbedürftiger Informationen. Schließlich ist er als Organ der Rechtspflege auch berufen, an der Durchsetzung der Kartellrechtsordnung mitzuwirken. Die viel zitierte Rolle des „private attorney generals“ zur Förderung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung kommt also nicht nur den Kartellgeschädigten oder dem Zwischenhändler zu. Auch und vor allem muss der Rechtsanwalt diese Funktion ausfüllen.

(19) Die rechtliche Untersuchung an Hand des EU-Primärrechts und des Grundgesetzes ergibt, dass das Nichtbestehen eines eigenständigen Informationsanspruchs des Rechtsanwalts gegenüber der Europäischen Kommission und den deutschen Kartellbehörden ein Verstoß gegen das Recht auf effektiven Rechtsschutz, Art. 47 EGRC und Art. 20 Abs. 3 GG (allgemeiner Justizgewährungsanspruch) sowie gegen den Effektivitätsgrundsatz, Art. 4 Abs. 3 EUV wäre.

(20) Hierzu ist zunächst anzuerkennen, dass das Recht auf Schadensersatz der Kartellgeschädigten ein Unionsrecht ist, also ein Individualrecht, welches in der europäischen Rechtsordnung verwurzelt ist. Daneben ist der Schadensersatzanspruch in der deutschen Rechtsordnung in § 33 Abs. 3 GWB anerkannt.

(21) Dieses Unionsrecht auf Schadensersatz könnten viele Kartellgeschädigte auf Grund des unzureichenden Wissensstands oder der Größe des erlittenen Schadens nicht geltend machen, wenn ein eigenständiger Informationsanspruch für den Rechtsanwalt nicht bestünde. Für viele wäre der Zugang zu Gericht unzureichend und die Möglichkeit einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen behindert, sodass ein Verstoß gegen das Recht auf effektiven Rechtsschutz vorläge. Das Recht auf effektiven Rechtsschutz, Art. 47 EGRC erfordert daher einen eigenständigen Informationsan-

spruch des Rechtsanwalts. Entsprechendes gilt für das Recht auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 20 Abs. 3 GG (allgemeiner Justizgewährungsanspruch).

(22) Der Effektivitätsgrundsatz, Art. 4 Abs. 3 EUV, wäre sowohl in Hinblick auf das Unionsrecht auf Schadensersatz als auch auf die Artt. 101 und 102 AEUV verletzt, wenn die Mitgliedstaaten den Rechtsanwälten in ihrer Funktion als Organe der Rechtspflege keinen Informationsanspruch gegen die nationalen Kartellbehörden gewährten. Die Schlussfolgerungen aus dem Effektivitätsgrundsatz gelten auf Grund des Loyalitätsgebotes, Art. 4 Abs. 3 EUV, auch für die Union, sodass auch gegenüber der Europäischen Kommission den Rechtsanwälten ein eigenständiger Informationsanspruch zukommen muss.

(23) Mit Blick auf das Unionsrecht auf Schadensersatz für Kartellgeschädigte wäre der Effektivitätsgrundsatz verletzt, weil dessen volle und praktische Wirksamkeit nicht gewährleistet würde. Es reicht nicht, allein auf die rechtliche Möglichkeit zur Anspruchsdurchsetzung zu verweisen. Es kommt auf die tatsächlichen Umstände an. Tatsächlich aber kann eine breite Schicht Kartellgeschädigter ihre Schäden nicht geltend machen, wenn sie nicht Unterstützung durch einen Rechtsanwalt erfahren, der hierfür seinerseits auf einen Informationsanspruch angewiesen ist.

(24) Auch die volle und praktische Wirksamkeit von Artt. 101 und 102 AEUV wäre ohne Anerkennung eines Informationsanspruches für den Rechtsanwalt nicht gewährleistet. Das zivilrechtliche Haftungsrecht kann keine Steuerungswirkung (Abschreckung, Schadensvorsorge) entfalten, wenn nicht ein großer Teil der Schäden von den Schädigern kompensiert werden muss. Auch um dem Kartellverbot und dem Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellung zur vollen und praktischen Wirksamkeit zu verhelfen, bedarf es daher eines Informationsanspruches für den Rechtsanwalt.

(25) Verstöße gegen das Recht auf effektiven Rechtsschutz, Art. 47 EGRC und Art. 20 Abs. 3 GG (allgemeiner Justizgewährungsanspruch) sowie gegen den Effektivitätsgrundsatz, Art. 4 Abs. 3 EUV lägen nicht vor, wenn sich europäisches und deutsches Recht ohne Verletzung des ausdrücklichen Wortlauts europarechts- bzw. verfas-

sungskonform dahingehend auslegen lässt, dass dem Rechtsanwalt ein eigenständiger Informationsanspruch gegenüber den Kartellbehörden zusteht.

(26) Diese Informationsansprüche müssen bestimmten europa- und verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechen. Neben dem Ziel der Verbesserung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung durch Erhöhung der Chancen, Kartellschäden geltend zu machen, sind auch schutzwürdige Interessen Dritter, insbesondere der Verfahrensbeteiligten und der Kartellbehörden, zu berücksichtigen. Dieser Ausgleich lässt sich in einem fiktiven Tatbestand zusammenfassen:

Abs. 1

Ein Rechtsanwalt kann in Ausübung seiner Funktion als Organ der Rechtspflege Einsicht in die Akten der Europäischen Kommission und der nationalen Wettbewerbsbehörden nehmen und Beweisstücke besichtigen, um zu klären, ob Schadensersatzansprüche Dritter wegen Verstößen gegen Artt. 101 und 102 AEUV oder entsprechende nationale Vorschriften bestehen oder um Informationen zur Darlegung oder dem Beweis solcher Schadensersatzansprüche zu sammeln. Die Akten, in die Einsicht zu gewähren ist, müssen nicht den Verstoß zum Gegenstand haben, auf Grund dessen der Schadensersatzanspruch besteht, den der Rechtsanwalt darzulegen oder zu beweisen sucht. Der Rechtsanwalt hat glaubhaft zu machen, dass öffentlich verfügbare Informationen zur Klärung nicht ausreichen oder deren Auswertung einen erheblichen Mehraufwand bedeuten würde. Akteneinsicht wird in jedem Stand des Verfahrens gewährt, soweit dies der Ermittlungstätigkeit der Behörden nicht entgegensteht und zu keinen erheblichen Verfahrensverzögerungen führt. Kronzeugeneinreichungen sowie Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse werden unter Berücksichtigung der Stellung des Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege entsprechend den Vorschriften über den Informationszugang von Kartellgeschädigten geschützt.

Abs. 2

Der Rechtsanwalt kann unter den Voraussetzungen nach Abs. 1 auch Auskünfte aus den Akten verlangen, es sei denn die Erteilung von Auskünften erfordert einen unverhältnismäßigen Aufwand.

Abs. 3

Die mittels Akteneinsicht oder Auskunft erlangten Informationen dürfen nur zu den in Abs. 1 S. 1 genannten Zwecken verwendet werden. Erlangte Informationen dürfen nur weitergegeben werden, soweit dies für die Rechtsverfolgung erforderlich ist und nach Weitergabe keine Zweckentfremdung zu befürchten ist.

(27) Die in den Augen des Verfassers sinnvollste, aber nicht zwingend durch das Recht auf effektiven Rechtsschutz oder den Effektivitätsgrundsatz vorgegebene, weitere Ausgestaltung des Informationsanspruchs mit Blick auf die Weitergabe von Informationen und die Kosten wurde in Form einer Fortführung des fiktiven Tatbestandes vorgestellt:

Abs. 4

Abs. 3 gilt unbeschadet des Rechts des Rechtsanwalts, den zum Schadensersatz Berechtigten (Betroffener) seine Dienste anzubieten. Bietet der Rechtsanwalt auf Grund der erlangten Informationen einem Betroffenen seine Dienste an, so hat er zu entsprechenden Bedingungen sämtlichen Betroffenen seine Dienste anzubieten. Liegt die Höhe der Schadensersatzansprüche im Mittel aller und in der Mehrheit der einzelnen Schadensersatzansprüche unter einhundertfünfzig Euro, so kann der Rechtsanwalt derjenigen Verbraucherzentrale oder einem anderen mit öffentlichen Mitteln geförderten Verbraucherverband die erlangten Informationen zum Zwecke einer Einziehung im Sinne von § 79 Abs. 2 Nr. 3 ZPO anbieten, in dessen Einzugsgebiet die meisten Betroffenen ihren Wohnsitz haben. Die Verbraucherzentrale oder der mit öffentlichen Mitteln geförderte Verbraucherverband ist nicht verpflichtet, bei der gerichtlichen oder außergerichtlichen Durchsetzung der Schadensersatzansprüche denjenigen Rechtsanwalt zu betrauen, der die Informationen angeboten hat.

Abs. 5

Die im Zusammenhang mit der Einsichtnahme oder Auskunft entstandenen Kosten trägt der Rechtsanwalt. Sie sind ihm nebst einer angemessenen Aufwandsentschädigung vom Schadensersatzverpflichteten zu erstatten, wenn die Schadensersatzansprüche rechtskräftig festgestellt oder anerkannt sind und die durch die Akteneinsicht oder Auskunft erlangten Informationen hierfür von Bedeutung waren. Nimmt

eine Verbraucherzentrale oder ein anderer mit öffentlichen Mitteln geförderter Verbraucherverband Informationen nach Abs. 4 S. 3 an, so hat der Verbraucherverband dem Rechtsanwalt die Kosten der Einsichtnahme oder Auskunft nebst einer angemessenen Aufwandsvergütung zu erstatten.

(28) Den aus dem Recht auf effektiven Rechtsschutz und dem Effektivitätsgrundsatz folgenden, zwingenden Vorgaben kann unter der derzeitigen Rechtslage Rechnung getragen werden. Dem Rechtsanwalt in seiner Funktion als Organ der Rechtspflege steht sowohl gegenüber der Europäischen Kommission als auch gegenüber den deutschen Kartellbehörden ein eigenständiger Informationsanspruch zu.

(29) Im Falle der Dokumente der Kommission verschafft ihm Art. 2 Abs. 1 TransparenzVO Zugang. Die TransparenzVO schützt gemäß Art. 4 Abs. 2 1. und 3. Spiegelstrich die geschäftlichen Interessen und den Zweck von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten. Im Gegensatz zum Antrag auf Dokumentenzugang eines Einzelnen wird im Falle des Rechtsanwalts regelmäßig das öffentliche Interesse an einer effektiven privaten Kartellrechtspflege überwiegen, dessen Potential unter gleichzeitiger, größtmöglicher Wahrung der Vertraulichkeit nur der unabhängige Rechtsanwalt zur Entfaltung bringen kann.

(30) Gegenüber den deutschen Kartellbehörden kann er sich auf § 475 StPO i.V.m. § 49b OWiG berufen. Hiernach steht ihm ein Recht auf Auskunft aus den kartellbehördlichen Akten zu (Abs. 1). Da er regelmäßig wird darlegen können, dass dies zur Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche nicht ausreicht, steht ihm daneben ein Anspruch auf Akteneinsicht zu (Abs. 2). Entgegen des eigentlichen Wortlautes, aber noch im Rahmen zulässiger Auslegung, kann der Anspruch nur versagt werden, soweit überwiegende schutzwürdige Interessen der von Auskunft oder Akteneinsicht betroffenen oder anderen Personen entgegenstehen, § 475 Abs. 1 S. 2 StPO oder soweit Beeinträchtigungen der Ermittlungstätigkeit, erhebliche Verfahrensverzögerungen oder eine konkrete Gefahr für ein anderes Bußgeldverfahren drohen, § 477 Abs. 2 S. 1 StPO (jeweils i.V.m. § 49b OWiG). In der Regel werden diese entgegenstehenden Interessen das Interesse an der Durchsetzung der Kartellschadensersatzansprüche nicht überwiegen. Die europarechtlichen und grundgesetzli-

chen Vorgaben machen § 475 StPO i.V.m. § 49b OWiG schließlich zu einer gebundenen Entscheidung, denn die Anspruchsgewährung darf nicht im Ermessen der Behörde stehen. Für Auskünfte aus und Einsicht in Akten, die nicht Bußgeldverfahrensakten sind, steht dem Rechtsanwalt ein Anspruch nach § 1 Abs. 1 S. 1 IFG zu.

Im Sinne eines Schlusswortes kann somit festgehalten werden, dass bei zielgerichteter, aber noch zulässiger Auslegung das geltende Recht dem Rechtsanwalt eigenständige Informationsansprüche gegen die Europäische Kommission und die deutschen Kartellbehörden zur Verfügung stellt. Das Instrument zur Verbesserung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung durch Erhöhung der Chancen, Kartellschäden geltend zu machen, steht damit zur Verfügung. Es bleibt zu hoffen, dass das damit verbundene Potential in Zukunft ausgeschöpft wird.

§ 6 Bibliographie

- Alexander, Christian*, Gemeinschaftsrechtliche Perspektiven der kollektiven Rechtsdurchsetzung, Wettbewerb in Recht und Praxis 2009, 683-690
- Alexander, Christian*, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht : privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb, Tübingen 2010
- Almunia, Joaquín*, Antitrust damages in EU law and policy, Rede vom 7. November 2013, SPEECH/13/887, 2013, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-887_en.htm
- Arnemann-Bredohl, Carolin*, Der Anwalt im Spannungsfeld zwischen Rechtspflege und Dienstleistung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der deutschen und englischen Anwaltschaft, Bonn 2010
- Ashurst*, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, 2004, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf
- Association of European Competition Law Judges*, Comments on the Commission's White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, 2008, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/judges_en.pdf
- Bader, Johann/Ronellenfitsch, Michael* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, 22. Aufl., München 2013
- Bahr, Christian/Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef* (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 11. Aufl., Neuwied [u.a.] 2011
- Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang*, Kartellgesetz. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 1 - 96, 130, 131). Kommentar, 7. Aufl., München 2013
- Becker, Florian/Kammin, Julian*, Die Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen: Rahmenbedingungen und Reformansätze, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2011, 503-509

- Beinker, Jens*, Ein Vergleich der europäischen Transparenzverordnung (EG) Nr. 1049/2001 mit dem deutschen Informationsfreiheitsgesetz, Berlin 2008
- Berger, Sven/Roth, Jürgen/Scheel, Christopher/Kollbeck, Johannes* (Hrsg.), Informationsfreiheitsgesetz. Kommentar, 1. Aufl., Köln [u.a.] 2006
- Bergmann, Jan/Mickel, Wolfgang Wilhelm*, Handlexikon der Europäischen Union, 4. Aufl., Baden-Baden [u.a.] 2012
- Bernhard, Jochen*, Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen. Europäische Kollektivklagen zwischen Effizienz und Effektivität, Tübingen 2010
- Bernhard, Jochen*, Schadensberechnung im Kartellzivilrecht vor und nach dem "Praktischen Leitfaden" der Europäischen Kommission, Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2013, 488-494
- Berrisch, Georg M./Burianski, Markus*, Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche nach der 7. GWB - Novelle, Wirtschaft und Wettbewerb 2005, 878-888
- Bien, Florian*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht auf neuen Wegen? in: *Bechtold, Stefan/Jickeli, Joachim/Rohe, Mathias* (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb. Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011
- Bien, Florian*, Überlegungen zu einer haftungsrechtlichen Privilegierung des Kartellkronzeugen, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2011, 889-890
- Bien, Florian*, Wozu brauchen wir die Richtlinie über private Kartellschadensersatzklagen noch?, Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2013, 481-482
- Biermann, Jörg/Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1, 5. Aufl., München 2012
- Birk, Axel*, Das Prinzip des unverfälschten Wettbewerbs und seine Bedeutung im europäischen Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 2000
- Böcker, Nicolai*, Wirksame Rechtsbehelfe zum Schutz der Grundrechte der Europäischen Union, 1. Aufl., Baden-Baden 2005
- Bohl, Johannes*, Der „ewige Kampf“ des Rechtsanwalts um die Akteneinsicht, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2005, 133-140

- Bornkamm, Joachim*, Cui malo? Wem schaden Kartelle?, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2010, 501-506
- Braun, Eberhard/Bauch, Rüdiger* (Hrsg.), Insolvenzordnung. Kommentar, 5. Aufl., München 2012
- Bundeskartellamt*, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung - vom 7. März 2006, 2006, abrufbar unter
http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Bekanntmachungen/Bekanntmachung-Bonusregelung.pdf?__blob=publicationFile&v=7
- Bundeskartellamt*, Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2005/2006 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet und Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 16/5710, 2007, abrufbar unter
http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt-T%C3%A4tigkeitsbericht2006.pdf?__blob=publicationFile&v=3
- Bundeskartellamt*, Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2007/2008 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet und Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 16/13500, 2009, abrufbar unter
http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt-T%C3%A4tigkeitsbericht2008.pdf?__blob=publicationFile&v=3
- Bundeskartellamt*, Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2009/2010 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet und Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 17/6640, 2011, abrufbar unter
http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt-T%C3%A4tigkeitsbericht2010.pdf;jsessionid=32BFEB434A7EE33D93CA2A6DCD1202E8.1_cid378?__blob=publicationFile&v=3
- Bundeskartellamt*, Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2011/2012 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet

und Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 17/13675, 2013, abrufbar unter

[http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt - T%C3%A4tigkeitsbericht 2012.pdf? __blob=publicationFile&v=5](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt-T%C3%A4tigkeitsbericht2012.pdf?__blob=publicationFile&v=5)

Bundeskartellamt, Broschüre: Erfolgreiche Kartellverfolgung - Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher, 2011, abrufbar unter

[http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Brosch%C3%BCren/Informationsbrosch%C3%BCre - Erfolgreiche Kartellverfolgung.pdf? __blob=publicationFile&v=8](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Brosch%C3%BCren/Informationsbrosch%C3%BCre-ErfolgreicheKartellverfolgung.pdf?__blob=publicationFile&v=8)

Bundeskartellamt, Diskussionspapier: Private Kartellrechtsdurchsetzung - Stand, Probleme, Perspektiven, 2005, abrufbar unter

[http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/DiskussionsHintergrundpapier/Bundeskartellamt - Private Kartellrechtsdurchsetzung.pdf? __blob=publicationFile&v=4](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/DiskussionsHintergrundpapier/Bundeskartellamt-PrivateKartellrechtsdurchsetzung.pdf?__blob=publicationFile&v=4)

Bundeskartellamt, Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle, 2012, abrufbar unter

[http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Stellungnahmen/Stellungnahme-Regierungsentwurf GWB8.pdf? __blob=publicationFile&v=2](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Stellungnahmen/Stellungnahme-RegierungsentwurfGWB8.pdf?__blob=publicationFile&v=2)

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie/Bundeskartellamt, Stellungnahme zum Grünbuch „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-

Wettbewerbsrechts“ der EU-Kommission, 2006, abrufbar unter

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bundesministerium_fur_wtb_de.pdf

Bundesregierung, Antwort auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Nicole Maisch,

Jerzy Montag, Harald Ebner, weiterer Abgeordneter und der Fraktion

BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 17/8850 –, BT-Drs. 17/9022, 2012,

abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/090/1709022.pdf>

Bundesregierung, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren, BT-Drs. 10/5305, 1986, abrufbar unter

<http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/10/053/1005305.pdf>

Bundesverband der Deutschen Industrie, Stellungnahme zum Grünbuch der

Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-

- Wettbewerbsrechts, 2006, abrufbar unter
http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bdi.pdf
- Burckhardt, Markus*, Auf dem Weg zu einer class action in Deutschland? : Eine Untersuchung des Art. 1 § 3 Nr. 8 RBERG im System zwischen Verbandsklage und Gruppenklage, 1. Aufl., Baden-Baden 2005
- Burholt, Christian*, Die Auswirkungen des Informationsfreiheitsgesetzes auf das Akteneinsichtsrecht in Kartell- und Fusionskontrollverfahren, Betriebs-Berater 2006, 2201-2207
- Calliess, Christian/Blanke, Hermann-Josef/Kluth, Winfried* (Hrsg.), EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar, 4. Aufl., München 2011
- Caranta, Roberto*, Die Rolle des italienischen Verwaltungsrichters bei der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts und Rechtsschutzes, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1999, 402-427
- Caruso, Antonio*, Leniency Programmes and Protection of Confidentiality: The Experience of the European Commission, Journal of European Competition Law & Practice 2010, 453-477
- Centre for European Policy Studies/Erasmus University Rotterdam/Luiss Guido Carli*, Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios, Contract DG COMP/2006/A3/012, 2007, abrufbar unter
http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf
- Criegern, Andreas von/Engelhoven, Philipp*, Absicherung vor Kartellschäden in AGB-Einkaufsverträgen, Wettbewerb in Recht und Praxis 2013, 1441-1446
- Cseres, Katalin J./Mendes, Joana*, Consumers' Access to EU Competition Law Procedures: Outer and Inner Limits, Common Market Law Review 2014, 483-521
- Dreher, Meinrad*, Der Zugang zu Entscheidungen mit Bindungswirkung für den kartellrechtlichen Schadensersatzprozess, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 2008, 325-347
- Eckertz-Höfer, Marion*, Organ der Rechtspflege oder Core Values?, Neue Juristische Wochenschrift 2013, 1580-1581

Erbs, Georg/Kohlhaas, Max/Ambs, Friedrich (Hrsg.), *Strafrechtliche Nebengesetze*,
Band 1, Losebl.-Ausg., München 2013

Europäische Kommission, Amicus Curiae Brief im Fall National Grid, 2011, abrufbar
unter
http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae_2011_national_grid_en.pdf

Europäische Kommission, Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen:
Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts,
SEC(2005) 1732, 2006, abrufbar unter
http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/sp_de.pdf

Europäische Kommission, Bericht der Kommission über die Durchführung der
Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu
Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission im
Jahr 2012, COM(2013) 515 final, 2013, abrufbar unter [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0515:FIN:DE:PDF)
[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0515:FIN:DE:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0515:FIN:DE:PDF)

Europäische Kommission, Commission staff working paper accompanying the White
Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2008) 404,
2008, abrufbar unter [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2008:0404:FIN:EN:PDF)
[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2008:0404:FIN:EN:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2008:0404:FIN:EN:PDF)

Europäische Kommission, DG Competition - Cartel Statistics, 2014, abrufbar unter
<http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>

Europäische Kommission, Directorate General for Competition Annual Activity Report
2010, 2011, abrufbar unter
http://ec.europa.eu/atwork/synthesis/aar/doc/comp_aar.pdf

Europäische Kommission, Directorate General for Competition Annual Activity Report
2011, 2012, abrufbar unter
http://ec.europa.eu/atwork/synthesis/aar/doc/comp_aar_2011.pdf

Europäische Kommission, Grünbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-
Wettbewerbsrechts, KOM(2005) 672 endgültig, 2005, abrufbar unter
[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2005/com2005_0672de01.pdf)
[lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2005/com2005_0672de01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2005/com2005_0672de01.pdf)

Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission über die Regeln für die Einsicht
in Kommissionsakten in Fällen einer Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-

Vertrag, Artikel 53, 54 und 57 des EWR-Abkommens und der Verordnung (EG) Nr. 139/2004, ABl. 2005/C 325/07, 2005, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:325:0007:0015:DE:P>
[DF](#)

Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. C 167/19, 2013, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:167:0019:0021:DE:P>
[DF](#)

Europäische Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 AEUV, 2013, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_de.pdf

Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 final, 2013, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:DE:PDF>

Feuerich, Wilhelm E./Weyland, Dag/Vossebürger, Albert/Böhnlein, Gregor (Hrsg.), Bundesrechtsanwaltsordnung. Kommentar, 8. Aufl., München 2012

Fiedler, Lilly, Class Actions zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts. Nutzen und mögliche prozessuale Ausgestaltung von kollektiven Rechtsschutzverfahren im deutschen Recht zur privaten Durchsetzung des europäischen Kartellrechts, Tübingen 2010

Fiedler, Lilly/Huttenlauch, Anna Blume, Der Schutz von Kronzeugen- und Settlementerklärungen vor der Einsichtnahme durch Dritte nach dem Richtlinien-Vorschlag der Kommission, Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2013, 350-355

Frenz, Walter, Dokumentenzugang vs. Kronzeugenregelung, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2013, 778-781

- Frenz, Walter*, Handbuch Europarecht, Band 4: Europäische Grundrechte, Berlin [u.a.] 2009
- Frenz, Walter*, Handbuch Europarecht, Band 5: Wirkungen und Rechtsschutz, Heidelberg [u.a.] 2010
- Glassen, Helmut/Achenbach, Hans/Hahn, Helmuth von/Jaeger, Wolfgang* (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Losebl.-Ausg., Köln 2013
- Göhler, Erich/Gürtler, Franz/Seitz, Helmut* (Hrsg.), Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 16. Aufl., München 2012
- Gola, Peter/Klug, Christoph/Körffler, Barbara/Schomerus, Rudolf*, Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar, 11. Aufl., München 2012
- Görner, André*, Die Anspruchsberechtigung der Marktbeteiligten nach § 33 GWB, Köln [u.a.] 2007
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Losebl.-Ausg., München 2013
- Graf, Jürgen Peter* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO, 17. Aufl., München 2013
- Greve, Holger*, Die Änderung der BHO: Eingeschränkter Informationszugang gegenüber dem Bundesrechnungshof unter Aufgabe der Regelungssystematik des IFG?, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2014, 275-277
- Hannich, Rolf* (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl., München 2013
- Haucap, Justus/Stühmeier, Torben*, Wie hoch sind durch Kartelle verursachte Schäden: Antworten aus Sicht der Wirtschaftstheorie, Wirtschaft und Wettbewerb 2008, 413-424
- Heinichen, Christian*, Akteneinsicht durch Zivilgerichte in Kartellschadensersatzverfahren, Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2014, 83-92
- Hempel, Rolf*, Fischzüge bei der Kommission - Informationsbeschaffung für kartellrechtliche Schadensersatzklagen in: *Bechtold, Stefan/Jickeli, Joachim/Rohe, Mathias* (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb. Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011
- Hempel, Rolf*, Kartellrecht: Akteneinsicht durch Schadensersatzkläger – Donau Chemie, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2013, 586-590

- Hempel, Rolf*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht. Eine rechtsvergleichende Analyse, 1. Aufl., Baden-Baden 2002
- Henssler, Martin/Prütting, Hanns* (Hrsg.), Bundesrechtsanwaltsordnung. Kommentar, 2. Aufl., München 2004
- Heselhaus, F. Sebastian M./Baldus, Manfred/Nowak, Carsten* (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 1. Aufl., München 2006
- Hessische Landeskartellbehörde*, Bekanntmachung über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung -, 2006, abrufbar unter <https://wirtschaft.hessen.de/sites/default/files/HMWVL/bonusregelung.pdf>
- Hilger, Hans*, Über Fragen der Selbstvertretung eines Rechtsanwalts, der Verletzter einer Straftat ist, Neue Zeitschrift für Strafrecht 1988, 441-443
- Hirsch, Günter* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Band 1, 1. Aufl., München 2007
- Hirsch, Günther/Montag, Frank/Säcker, Franz Jürgen* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Band 2, 1. Aufl., München 2008
- Höfchen, Susanne*, Schutzpflichten zugunsten der Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts, Berlin 2005
- Hölzel, Norman*, Kronzeugenregelungen im europäischen Wettbewerbsrecht. Ermittlungsinstrument unter Reformzwang, Halle (Saale) 2011
- Hoppe, Christian*, Staatshaftung und Rechtsschutz bei Verletzung grundfreiheitlicher Schutzpflichten, Frankfurt am Main [u.a.] 2006
- Hüschelrath, Kai*, Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen : ökonomische Methoden und rechtlicher Rahmen, 1. Aufl., Baden Baden 2012
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2, 4. Auflage, München 2007
- Jaeger, Renate*, Rechtsanwälte als Organ der Rechtspflege - Notwendig oder überflüssig? Bürde oder Schutz?, Neue Juristische Wochenschrift 2004, 1-7
- Jarass, Hans*, Bedeutung der EU-Rechtsschutzgewährleistung für nationale und EU-Gerichte, Neue Juristische Wochenschrift 2011, 1393-1398
- Jarass, Hans/Beljin, Saša*, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2004, 1-11

- Jarass, Hans D.*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl., München 2013
- Jarass, Hans Dieter/Pieroth, Bodo* (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 12. Aufl., München 2012
- Jüntgen, David Alexander*, Zur Verwertung von Kronzeugenerklärungen in Zivilprozessen, Wirtschaft und Wettbewerb 2007, 128-137
- Kahneman, Daniel*, Thinking, Fast and Slow, London 2011
- Kallenbach, Jessica*, Die Möglichkeit der Prozessfinanzierung durch Dritte, Anwaltsblatt 2010, 352-353
- Kapp, Thomas*, Abschaffung des Private Enforcement bei Hardcore-Kartellen in: *Bechtold, Stefan/Jickeli, Joachim/Rohe, Mathias* (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb. Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011
- Kellerbauer, Manuel*, The recent case law on the disclosure of information regarding EU competition law infringements to private damages claimants, European Competition Law Review 2014, 56-62
- Kleine, Maxim*, Grenzenloser Zugang zu Dokumenten der Kartellbehörden?, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 2007, 303-318
- Kleine-Cosack, Michael*, Bundesrechtsanwaltsordnung mit Berufs- und Fachanwaltsordnung. Kommentar, 5. Aufl., München 2008
- Kleinknecht, Theodor/Müller, Hermann/Fezer, Gerhard/Heintschel-Heinegg, Bernd von* (Hrsg.), Kommentar zur Strafprozessordnung, Losebl.-Ausg., Köln 2013
- Koch, Claudia*, Zum Akteneinsichtsrecht Privater nach § 475 StPO in: *Michalke, Regina/Köberer, Wolfgang/Pauly, Jürgen/Kirsch, Stefan* (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008, Berlin 2008
- Komninos, Assimakis P.*, New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage v. Crehan and the Community Right to Damages, Common Market Law Review 2002, 447-487
- König, Julia*, Der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, 1. Aufl., Baden-Baden 2011
- Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich* (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar, 13. Aufl., München 2012

- Kraif, Ursula*, Duden - das große Fremdwörterbuch. Herkunft und Bedeutung der Fremdwörter, 4. Aufl., Mannheim [u.a.] 2007
- Krüger, Carsten*, Die haftungsrechtliche Privilegierung des Kronzeugen im Außen- und Innenverhältnis gemäß dem Richtlinienvorschlag der Kommission, Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2013, 483-488
- Kruß, Alexander*, Kartellschaden und Verbraucherschutz : rechtliche und faktische Rechtsdurchsetzungshürden für die Kompensation kartellbedingter Streuschäden unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, Hamburg 2010
- Kugelman, Dieter*, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, Neue Juristische Wochenschrift 2005, 3609-3613
- Kuhn, Sascha*, Opferrechte und Europäisierung des Strafprozessrechts, Zeitschrift für Rechtspolitik 2005, 125-129
- Kulms, Katrin*, Der Effektivitätsgrundsatz. Eine Untersuchung zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, 1. Aufl., Baden-Baden 2013
- Lampert, Thomas/Weidenbach, Georg*, Akteneinsicht zur Substantiierung einer Schadensersatzklage gegen Mitglieder eines Kartells - Beweisprobleme gibt es nicht!, Wettbewerb in Recht und Praxis 2007, 152-163
- Landeskartellbehörde Bayern*, Erlass und Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung. Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie vom 6. April 2006 Az.: 5576 – W/1d – 2 881, 2006, abrufbar unter http://www.bayerische-landeskartellbehoerde.de/fileadmin/user_upload/landeskartellbehoerde/Dokumente/Veroeffentlichungen/Bonusregelung_2006.pdf
- Landmann, Robert von/Rohmer, Gustav/Beckmann, Martin* (Hrsg.), Umweltrecht. Kommentar, Losebl.-Ausg., München 2013
- Lauda, Rudolf*, Paradigmenwechsel im anwaltlichen Werberecht, Deutscher AnwaltSpiegel 2014, 3-5
- Lenz, Carl-Otto/Borchardt, Klaus-Dieter/Bitterlich, Joachim* (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar. EUV - AEUV - GRCh, 6. Aufl., Köln 2013
- Leopold, Anders*, Die Kartellbehörden im Angesicht der Informationsfreiheit, Wirtschaft und Wettbewerb 2006, 592-601

- Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander* (Hrsg.), Kartellrecht. Kommentar, 2. Aufl., München 2009
- Löwe, Ewald/Rosenberg, Werner/Erb, Volker* (Hrsg.), Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar, 26. Aufl., Berlin 2006
- Lüderssen, Klaus*, Das Recht des Verletzten auf Einsicht in beschlagnahmte Akten. Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des OLG Koblenz vom 30. 5. 1986 - 2 VAs 20/85 (NSTZ 1987, 289), Neue Zeitschrift für Strafrecht 1987, 249-260
- Łuszcz, Viktor*, Gunpowder for court battles: Litigants' access to EU institution documents, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2012, 488-494
- Mäger, Thorsten/Zimmer, Daniel, J./Milde, Sarah*, Konflikt zwischen öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung, Wirtschaft und Wettbewerb 2009, 885-899
- Makatsch, Tilman/Abele, Volker*, Das Ende kollektiver Schadensersatzklagen in Deutschland?, Wirtschaft und Wettbewerb 2014, 164-171
- Mäsch, Gerald*, Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot - „Courage“ und die Folgen, Europarecht 2003, 825-846
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Losebl.-Ausg., München 2013
- Mederer, Wolfgang*, Richtlinienvorschlag über Schadensersatzklagen im Bereich des Wettbewerbsrechts, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2013, 847-851
- Meeßen, Gero*, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht : Konturen eines Europäischen Kartelldeliktsrechts?, Tübingen 2011
- Meyer, Jürgen/Bernsdorff, Norbert* (Hrsg.), Nomos Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., Baden-Baden 2011
- Meyer-Goßner, Lutz/Schmitt, Bertram*, Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen. Kommentar, 56. Aufl., München 2013
- Milde, Sarah*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen : Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung vorprozessualer Dokumentenzugangs- und Akteneinsichtsrechte Dritter auf europäischer und deutscher Ebene, 1. Aufl., Baden-Baden 2013

- Munte, Oliver*, Der Syndikusanwalt im Konzernunternehmen, Anwaltsblatt 1998, 500-509
- Nowak, Carsten*, Anmerkung zum Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 20. September 2001 in der Rechtssache C-453/99, Courage Ltd. / Bernard Crehan und Bernard Crehan / Courage Ltd. u.a., Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2001, 717-719
- Nowak, Carsten*, Zentraler und dezentraler Individualrechtsschutz in der EG im Lichte des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsgrundsatzes effektiven Rechtsschutzes in: *Nowak, Carsten/Cremer, Wolfram* (Hrsg.), Individualrechtsschutz in der EG und der WTO. Der zentrale und dezentrale Rechtsschutz natürlicher und juristischer Personen in der Europäischen Gemeinschaft und in der Welthandelsorganisation, 1. Aufl., Baden-Baden 2002
- OECD*, Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws, 2002, abrufbar unter <http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf>
- Office of Fair Trading*, The deterrent effect of competition enforcement by the OFT, 2007, abrufbar unter http://www.oft.gov.uk/shared_of/reports/Evaluating-OFTs-work/oft962.pdf
- Otto, Harro*, Die Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche als "berechtigtes Interesse" des Verletzten auf Akteneinsicht im Sinne von § 406e StPO Abs. 1 StPO, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1989, 289-307
- Oxera*, Quantifying antitrust damages, 2009, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf
- Palzer, Christoph*, Unvereinbarkeit der österreichischen Regelung zur Akteneinsicht Kartellgeschädigter im EU-Recht, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2013, 324-326
- Papadelli, Antonia*, Beweislastverteilung bei der privaten Durchsetzung des Kartellrechts. Eine rechtsvergleichende Studie, Münster 2010
- Partsch, Christoph*, Die neue Transparenzverordnung (EG) Nr. 1049/2001, *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, 3154-3158
- Pfeiffer, Gerd*, Strafprozessordnung. Kommentar, 5. Aufl., München 2005

- Rauh, Jens/Zuchandke, Andy/Reddemann, Sebastian*, Die Ermittlung der Schadenshöhe im Kartelldeliktsrecht, *Wettbewerb in Recht und Praxis* 2012, 173-183
- Reich, Norbert*, The "Courage" Doctrine: Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust Injuries?, *Common Market Law Review* 2005, 35-66
- Reuschle, Fabian*, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2004, 590-594
- Riedel, Claudia/Wallau, Rochus*, Das Akteneinsichtsrecht des „Verletzten“ in Strafsachen - und seine Probleme, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2003, 393-399
- Römermann, Volker* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BORA, 2. Aufl., München 2013
- Rossi, Matthias*, Informationsfreiheitsgesetz. Handkommentar, 1. Aufl., Baden-Baden 2006
- Roth, Wulf-Henning*, Effet utile im europäischen Kartellrecht, *Wettbewerb in Recht und Praxis* 2013, 257-265
- Saam, Daniel*, Kollektive Rechtsbehelfe zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen im europäischen Wettbewerbs- und Verbraucherrecht. Eine systematische Untersuchung der aktuellen Vorhaben der EU-Kommission und ihrer möglichen Kompetenzgrundlagen, 1. Aufl., Baden-Baden 2011
- Sauerland, Mirja*, Die Harmonisierung des kollektiven Verbraucherrechtsschutzes in der EU. Eine Analyse bezüglich der Kompetenz der Europäischen Union zur Schaffung von einheitlichen auf Leistung gerichteten Kollektivklagemechanismen, Frankfurt am Main [u.a.] 2011
- Schneider, Rolf*, Der Rechtsanwalt, ein unabhängiges Organ der Rechtspflege, Berlin 1976
- Schoch, Friedrich*, Informationsfreiheitsgesetz. Kommentar, 1. Aufl., München 2009
- Scholl, Carl-Christian*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Private Enforcement im Kartellrecht, Frankfurt am Main [u.a.] 2011
- Schulte, Josef L./Just, Christoph* (Hrsg.), Kartellrecht. GWB, Kartellvergaberecht, EU-Kartellrecht. Kommentar, 1. Aufl., Köln 2012

- Schwalbe, Ulrich/Höft, Jan*, Ausgestaltung von Kronzeugenprogrammen und private Kartellrechtsdurchsetzung, in: *Bechtold, Stefan/Jickeli, Joachim/Rohe, Mathias* (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb. Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011
- Schwarze, Jürgen*, Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, 2., erw. Aufl., Neudr. mit einer ausführlichen Analyse der jüngeren Rechtsentwicklung, Baden-Baden 2005
- Schwarze, Jürgen*, Europarecht. Strukturen, Dimensionen und Wandlungen des Rechts der Europäischen Union ; ausgewählte Beiträge, 1. Aufl., Baden-Baden 2012
- Schwarze, Jürgen/Becker, Ulrich/Bär-Bouyssiére, Bertold* (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2012
- Schwintowski, Hans-Peter*, Der Anspruch auf taggenaue Berechnung des Schmerzensgeldes, Verbraucher und Recht 2011, 117-119
- Seitz, Claudia*, Public over Private Enforcement of Competition Law? Zugleich Besprechung von AG Bonn, Beschluss v. 18. 1. 2012 – 51 Gs 53/09 – Pfeiderer, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report 2012, 137-142
- Seitz, Claudia*, Zugang geschädigter Dritter zu Dokumenten eines Kronzeugenverfahrens, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2011, 598-602
- Senge, Lothar/Boujong, Karl Heinz* (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., München 2006
- Singh, Amit Kumar*, Pfeiderer: assessing its impact on the effectiveness of the European leniency programme, European Competition Law Review 2014, 110-123
- Sitsen, Michael*, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes. Rechtsprobleme im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Informationszugang nach dem IFG, Hamburg 2009
- Soltész, Ulrich/Marquier, Julia/Wendenburg, Felix*, Zugang zu Kartellrechtsakten für jedermann? - das EuG-Urteil Österreichische Banken, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2006, 102-108
- Soyez, Volker*, Schadensersatzanspruch des indirekten Abnehmers von Kartellteilnehmern, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2012, 100

- Steger, Jens*, Zugang durch die Hintertüre? - zur Akteneinsicht in Kronzeugenanträge von Kartellanten, Betriebs-Berater 2014, 963-970
- Sturm, Karsten*, Zivilrechtliche, prozessuale und anwaltsrechtliche Probleme der gewerblichen Prozeßfinanzierung, Leipzig 2005
- Terhechte, Jörg Philipp/Arnauld, Andreas von* (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 1. Aufl., Baden-Baden 2011
- Tettinger, Peter J.*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Neue Juristische Wochenschrift 2001, 1010-1015
- Tettinger, Peter J.* (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, München 2006
- Tietje, Christian/Nowrot, Karsten*, Zugang zu Kartellrechtsakten nach der Transparenzverordnung als öffentliches Interesse, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2006, 486-488
- Vedder, Christoph/Heintschel von Heinegg, Wolff/Eisenhut, Dominik* (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht. EUV, AEUV, Grundrechte-Charta. Handkommentar, 1. Aufl., Baden-Baden [u.a.] 2012
- Verband der Chemischen Industrie*, Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 2006, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/vci_de.pdf
- Vogel, Markus*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, Köln 2010
- Völcker, Sven B.*, Case C-360/09, Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 14 June 2011, Common Market Law Review 2012, 695-720
- Vollmer, Christof*, Akteneinsicht potenzieller Kartellgeschädigter gemäß § 406e StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 Satz 4 OWiG, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 2012, 442-473
- Wagner, Gerhard*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, Archiv für civilistische Praxis 2006, 352-476
- Wagner, Gerhard*, Schadensersatz bei Kartelldelikten in: *Eger, Thomas/Schäfer, Hans-Bernd* (Hrsg.), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung.

- Beiträge zum X. Travemünder Symposium zur Ökonomischen Analyse des Rechts (29. März bis 1. April 2006), Tübingen 2007
- Weidenbach, Georg/Saller, Michael*, Das Weißbuch der Europäischen Kommission zu kartellrechtlichen Schadensersatzklagen, Betriebs-Berater 2008, 1020-1026
- Weitbrecht, Andreas*, Schadensersatzansprüche der Unternehmer und Verbraucher wegen Kartellverstößen, Neue Juristische Wochenschrift 2012, 881-886
- Wesselburg, Alexander*, Drittschutz bei Verstößen gegen das Kartellverbot. Unter Berücksichtigung der Wechselwirkungen zwischen privater und öffentlich-rechtlicher Durchsetzung, 1. Aufl, Baden-Baden 2010
- Westhoff, Jan Philipp*, Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht: eine rechtsvergleichende Untersuchung, 1. Aufl., Baden-Baden 2010
- Weyer, Hartmut*, Ersatzansprüche Privater aus Gemeinschaftsrecht, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2003, 318-344
- Wiedemann, Gerhard* (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl., München 2008
- Wils, Wouter P. J.*, The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages, World Competition 2009, 3-26
- Wurmnest, Wolfgang*, Private Durchsetzung des EG-Kartellrechts nach der Reform der VO Nr. 17, in: *Behrens, Peter/Schäfer, Wolf/Nowak, Carsten* (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch. Forum Wissenschaft und Praxis zum Internationalen Wirtschaftsrecht, 1. Aufl, Baden-Baden 2004
- Zimmer, Daniel/Höft, Jan*, "Private Enforcement" im öffentlichen Interesse? Ansätze zur Effektivierung der Rechtsdurchsetzung bei Streu- und Massenschäden im Kapitalmarkt-, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2009, 662-720
- Zöttl, Johannes/Schlepper, Lisa*, Die private Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen – Status Quo in Deutschland, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2012, 573-576

§ 7 Verzeichnis der Entscheidungen des Gerichtshofes der Europäischen Union

Um den Fußnotenapparat nicht zu überfrachten sind Entscheidungen des EuGH und des EuG im Haupttext lediglich mittel des eindeutigen Aktenzeichens, den Parteinamen oder einem Stichwort und der genauen Fundstelle zitiert. Im Folgenden findet sich eine Liste mit ausführlichen Informationen. Sie ist nach Entscheidungen des EuGH und des EuG getrennt und jeweils alphabetisch nach den Parteinamen oder dem Stichwort sortiert. Genannt werden Art der Entscheidung, Datum, Aktenzeichen, Parteinamen oder Stichwort, die Fundstelle in der amtlichen Sammlung (sofern vorhanden) und Abdrucke in deutschsprachigen Zeitschriften (sofern vorhanden; beschränkt auf zwei Nachweise).

I. EuGH

Urteil vom 04.07.2006 - C-212/04, Adeneler = Slg. I 2006, 6091 = EuZW 2006, 730 = NJW 2006, 2465.

Urteil vom 24.06.1986 - C-53/85, Akzo = Slg. I 1986, 1965.

Urteil vom 14.09.2010 - C-550/07 P, Akzo Nobel = Slg. I 2010, 8360 = EuZW 2010, 778 = WuW 2010, 1197.

Urteil vom 18.05.1982 - C-155/79, AM&S/Kommission = Slg. I 1982, 1575.

Urteil vom 06.10.2009 - C-40/08, Asturcom = Slg. I 2009, 9602 = EuZW 2009, 852 = NJW 2010, 47.

Urteil vom 13.04.1994 - C-128/92, Banks/British Coal = Slg. I 1994, 1209 = EuZW 1994, 572 = BeckRS 2004, 74282.

Urteil vom 28.11.1991 - C-170/89, BEUC = Slg. I 1991, 5709 = EuZW 1993, 285 = RIW 1993, 786.

Beschluss vom 17.01.1980 - C-792/79 R, Camera Care = Slg. I 1980, 119 = WuW 1981, 751.

Beschluss vom 10.09.2013 - C-278/13, Car Glass.

Urteil vom 21.11.2002 - C-473/00, Cofidis = Slg. I 2002, 10875 = EuZW 2003, 27 = NJW 2003, 275.

Urteil vom 20.09.2001 - C-453/99, Courage = Slg. I 2001, 6297 = EuZW 2001, 715 = WuW 2001, 1121.

Urteil vom 05.10.1994 - C-280/93, Deutschland/Rat = Slg. I 1994, 4973 = EuZW 1995, 106 = NVwZ 1995, 575.

Urteil vom 06.06.2013 - C-536/11, Donau Chemie = EuZW 2013, 586 = WuW 2013, 797.

Urteil vom 25.07.1991 - C-208/90, Emmott = Slg. I 1991, 4269 = BeckRS 2004, 74972 = RIW 1993, 153.

Urteil vom 27.02.2014 - C-365/12 P, EnBW = EuZW 2014, 311 = WuW 2014, 440.

Urteil vom 19.06.1990 - C-213/89, Factortame = Slg. I 1990, 2433 = CMLR 1990, 867 = WuW 1990, 926.

Urteil vom 19.11.1991 - C-6/90, Francovich = Slg. I 1991, 5357 = NJW 1992, 165 = NVwZ 1992, 157.

Urteil vom 26.02.2013 - C-617/10, Fransson = EuZW 2013, 302 = NJW 2013, 1415.

Urteil vom 29.03.2012 - C-505/09 P, Kommission/Estland = BeckRS 2012, 80679.

Urteil vom 09.12.1997 - C-265/95, Kommission/Frankreich = Slg. I 1997, 6959 = EuZW 1998, 84 = NJW 1998, 1931.

Urteil vom 10.02.1983 - C-230/81, Luxemburg/Parlament = Slg. I 1983, 255.

Urteil vom 13.07.2006 - C-295/04, Manfredi = Slg. I 2006, 6641 = EuZW 2006, 529 = WuW 2006, 1069.

Urteil vom 27.06.2000 - C-240/98, Océano Grupo = Slg. I 2000, 4941 = NJW 2000, 2571 = LMRR 2000, 74.

Urteil vom 14.06.2011 - C-360/09, Pfeiderer = Slg. I 2011, 5186 = NJW 2011, 2946 = WuW 2011, 769.

Urteil vom 16.06.2005 - C-105/03, Pupino = Slg. I 2005, 5285 = EuZW 2005, 433 = NJW 2005, 2839.

Urteil vom 16.12.1976 - C-33/76, Rewe = Slg. I 1976, 1989 = DÖV 1977, 363 = DVBl 1977, 808.

Urteil vom 18.06.2013 - C-681/11, Schenker & Co. AG u.a. = EuZW 2013, 624 = WuW 2013, 893.

Urteil vom 22.01.2013 - C-283/11, Sky Österreich = EuZW 2013, 347 = DÖV 2013, 355.

Urteil vom 07.07.1993 - C-217/91, Spanien/Kommission = Slg. I 1993, 3923 = BeckRS 2004, 75160.

Beschluss vom 23.09.2004 - C-435/02, Springer = Slg. I 2004, 8667 = EuZW 2004, 764 = RIW 2004, 950.

Urteil vom 20.10.2005 - C-511/03, Ten Kate = Slg. I 2005, 8979 = LMRR 2005, 35 = BeckRS 2005, 70801.

Urteil vom 13.03.2007 - C-432/05, Unibet = Slg. I 2007, 2271 = NJW 2007, 3555 = EWS 2007, 177.

Urteil vom 25.07.2002 - C-50/00 P, UPA = Slg. I 2002, 6677 = EuZW 2002, 529 = NJW 2002, 2935.

Urteil vom 21.09.1988 - C-267/86, Van Eycke = Slg. I 1988, 4769 = WuW/E EWG/MUV 881 = RIW 1989, 70.

Urteil vom 13.12.1994 - C-306/93, Winzersekt = Slg. I 1994, 5555 = NJW 1995, 2543 = GRUR Int 1995, 251.

Urteil vom 19.02.2002 - C-309/99, Wouters = Slg. I 2002, 1577 = EuZW 2002, 172 = WuW 2002, 401.

Beschluss vom 06.12.1990 - C-2/88 Imm., Zwartveld u.a. = Slg. I 1990, 4405.

II. EuG

Urteil vom 07.07.2010 - T-111/07, Agrofert = Slg. II 2010, 128.

Urteil vom 17.09.2007 - T-125/03, Akzo Nobel = Slg. II 2007, 3523 = EuR 2008, 514 = WuW/E EU-R 1337.

Beschluss vom 09.09.2004 - T-14/04, Alto de Casablanca = Slg. II 2004, 3077.

Urteil vom 11.12.1996 - T-521/93, Atlanta = Slg. II 1996, 1707.

Urteil vom 18.09.1992 - T-24/90, Automec/Kommission = Slg. II 1992, 2223 = EuZW 1992, 103.

Urteil vom 30.05.2006 - T-198/03, Bank Austria Creditanstalt = Slg. II 2006, 1439 = WuW 2006, 1165 = BeckRS 2006, 70407.

Urteil vom 13.09.2013 - T-380/08, Bitumenkartell = NZKart 2013, 505 = BeckRS 2013, 81716.

Urteil vom 20.03.2001 - T-30/99, Bocchi = Slg. II 2001, 943.

Urteil vom 15.12.2011 - T-437/08, CDC = Slg. II 2011, 8255 = EuZW 2012, 315 = WuW 2012, 195.

Beschluss vom 05.07.2006 - T-357/05, Comunidad Autónoma de Valencia/Kommision = Slg. 2006, 2015 = EWS 2007, 262.

Urteil vom 22.05.2012 - T-344/08, EnBW = WuW 2012, 755 = BB 2012, 1692.

Urteil vom 28.02.2005 - T-445/04, Energy Solutions = Slg. II 2005, 677.

Urteil vom 08.12.1999 - T-79/99, Euro-Lex = Slg. II, 1999 II, 3555.

Urteil vom 24.05.2011 - T-109/05, NLG = Slg. II 2011, 2479.

Urteil vom 12.10.2007 - T-474/04, Pergan = Slg. II 2007, 4225 = WuW 2008, 107 = BeckRS 2007, 70803.

Urteil vom 18.09.1996 - T-353/94, Postbank = Slg. II 1996, 921 = EuZW 1997, 404.

Urteil vom 26.04.2005 - T-110/03, Sison/Rat = Slg. II 2005, 1429.

Urteil vom 13.04.2005 - T-2/03, VKI = Slg. II 2005, 1121 = EuZW 2005, 566 = BeckRS 2005, 70261.

Beschluss vom 26.06.2006 - T-453/05, Vonage Holdings = Slg. II 2006, 1877.

Urteil vom 25.04.2007 - T-264/04, WWF = Slg. II 2007, 911 = BeckRS 2007, 70265.

Danksagung

Mein besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski für die hervorragende wissenschaftliche Betreuung meiner Arbeit, insbesondere für seine ermutigenden Hilfestellungen zu Beginn der Arbeit und seine stets schnellen und ausführlichen Antworten zu meinen Fragen während der Arbeit. Weiter bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. Harald Koch für die Übernahme und rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Erklärung

Ich versichere, dass ich die eingereichte Dissertation selbständig verfasst habe, andere als die von mir angeführten Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und die aus anderen Schriftwerken ganz oder annähernd wörtlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Die eingereichte Dissertation war und ist nicht Gegenstand eines Verfahrens an einer anderen deutschen oder ausländischen juristischen Fakultät.

Mark Orthmann